

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

EULER BARROS FERREIRA LOPES

**A APLICAÇÃO DA PERSONALIDADE DAS PENAS (CF/88, ART. 5º, XLV) PELO
CRSFN - CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL
COMO EXEMPLO DAS LIMITAÇÕES DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS
DISPONÍVEIS À SUPERVISÃO DO MERCADO FINANCEIRO NO BRASIL**

BRASÍLIA
2014

EULER BARROS FERREIRA LOPES

**A APLICAÇÃO DA PERSONALIDADE DAS PENAS (CF/88, ART. 5º, XLV) PELO
CRSFN - CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL
COMO EXEMPLO DAS LIMITAÇÕES DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS
DISPONÍVEIS À SUPERVISÃO DO MERCADO FINANCEIRO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de Concentração: **Direito, Estado e Constituição**. Linha de Pesquisa: Globalização, Transformações do Direito e Ordem Econômica.

Orientador:

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro

Brasília
2014

EULER BARROS FERREIRA LOPES

**A APLICAÇÃO DA PERSONALIDADE DAS PENAS (CF/88, ART. 5º, XLV) PELO
CRSFN - CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL
COMO EXEMPLO DAS LIMITAÇÕES DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS
DISPONÍVEIS À SUPERVISÃO DO MERCADO FINANCEIRO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de Concentração: **Direito, Estado e Constituição**. Linha de Pesquisa: Globalização, Transformações do Direito e Ordem Econômica.

Aprovada em 29/09/2014

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dra. Ana de Oliveira Frazão
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Marcos Galileu Lorena Dutra
Fundação Getúlio Vargas – FGV

Para Carlos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que desde cedo me ensinaram que pouca coisa se consegue nessa vida sem muito amor, paciência e dedicação.

Às minhas irmãs, meus cunhados e meus sobrinhos, por também comigo levarem adiante essa valiosa lição.

Aos meus amigos em São Luís e Brasília, em especial Ricardo Rezende, que sempre se mostrou pronto a me auxiliar toda vez em que precisei durante meu Mestrado.

Aos meus colegas (e amigos) da PGFN/CAF, em especial àqueles que atuam (e atuaram) no CRSFN: Luciana Moreira, Cláudio Teixeira, André Ortegá e Walter Santos, pela paciência e suporte dados durante esse período do mestrado.

Aos conselheiros e servidores do CRSFN e do Banco Central, pela atenção que sempre me dispensaram, em especial Marcos Martins de Souza, exemplo de dedicação ao serviço público.

Aos professores e servidores do PPGD-UnB, pela dedicação e gentileza.

Aos meus colegas de Mestrado, especialmente aos integrantes do Grupo Direito, Economia e Sociedade – GDES: Paulo Sampaio, Hugo Pena, Daniele Fontes, Albério Lima, Andréia Varella e Márcio Vasconcellos, pela amizade e discussões acadêmicas.

Ao Prof. Marcus Faro de Castro, meu orientador, pela paciência e pela confiança que sempre depositou em mim (isso mesmo nos momentos em que nem eu mesmo acreditava mais).

Aos professores, Ana Frazão e Marcos Galileu, pela disponibilidade e atenção com que analisaram minha pesquisa.

E, finalmente, a Carlos, pela paciência e dedicação sem as quais eu não poderia concretizar mais esse sonho em minha vida.

“[...] Se um banco ou uma companhia era o proprietário da terra, seu representante dizia: o banco, ou a companhia, é que assim quer, insiste, exige, como se o banco ou a companhia fosse o monstro, cheio de ideias e sentimentos, que os apanhasse em sua armadilha. Os representantes não queriam tomar a si a responsabilidade dos atos dos bancos ou das companhias, porque estas eram os patrões, e, ao mesmo tempo, máquinas de calcular, e eles não passavam de homens, de escravos. Alguns representantes tinham orgulho de serem escravos de patrões frios e poderosos. E, sentados em seus carros, explicavam tudo isso aos arrendatários dizendo: vocês sabem, estas terras são pobres, não dão mais nada; vocês já as revolveram bastante e agora não dão mais nada, Deus sabe disso?”

[...]

“— Tá certo — exclamaram os meeiros. — Mas esta é a nossa terra. A gente cultivou, fez ela produzir. Nascemos aqui, demos nossa vida a ela e queremos morrer aqui. Mesmo que não preste, ela é nossa. É isso que faz que a terra seja nossa: a gente nasce nela, trabalha nela, morre nela. É isto o que dá direito de propriedade, e não um monte de papéis, cheios de números.

— É pena, sentimos muito. Mas não temos a culpa. É o monstro. O banco não é como um homem.

— É, mas os bancos são dirigidos por homens.

— Não, vocês estão enganados, completamente enganados. Um banco é mais do que um homem. Acontece que todo mundo detesta o que os bancos têm que fazer, mas os bancos fazem assim mesmo. Um banco é mais que um simples homem, é o que lhes digo. É um monstro, sim senhor. Os homens fizeram os bancos, mas não os sabem controlar.”

RESUMO

A presente dissertação procura demonstrar algumas limitações das estruturas normativas à disposição da supervisão do mercado financeiro brasileiro a partir da análise de decisões proferidas pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) sobre o princípio da personalidade das penas (CF/88, art. 5º, XLV) quando aplicado às penalidades administrativas impostas contra pessoas jurídicas. Inicialmente é feita uma contextualização histórica das construções doutrinárias empregadas na aplicação de penas administrativas (poder de polícia, teoria da regulação e direito administrativo ordenador) no conjunto dos discursos identificados no atual direito administrativo brasileiro. Em seguida, a noção de “pessoa jurídica” é localizada na evolução histórica das formas jurídicas para a organização da empresa (modelo da empresa individual; modelo da empresa societária e modelo da empresa plurissocietária), a partir do que se pode identificar o modelo das sociedades empresárias (uma empresa = uma sociedade) como a regra geral nas disposições normativas brasileiras. Subsequentemente, são resgatadas algumas noções sobre responsabilidade jurídica, isso para identificar tanto o modelo tradicionalmente aplicado às pessoas jurídicas (responsabilidade objetiva da pessoa jurídica) quanto o outro modelo que vem sendo construído com o crescente movimento pela responsabilização penal da pessoa jurídica (responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica). Feitas essas contextualizações, são analisados diversos julgados do CRSFN que versam sobre personalidade das penas relativas à aplicação de penalidades administrativas quanto às pessoas jurídicas, oportunidade na qual são expostas as limitações dos modelos tradicionalmente consagrados no direito brasileiro (modelo da sociedade empresária e modelo da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica). Tais limitações das estruturas normativas da supervisão do mercado financeiro brasileiro permitem ressaltar a historicidade das construções jurídicas analisadas ao longo da pesquisa, as quais estão intimamente relacionadas a certas concepções de atuação estatal na economia.

Palavras-chave: Direito administrativo brasileiro. Mercado Financeiro. Personalidade Jurídica. Responsabilidade Criminal das Pessoas Jurídicas.

ABSTRACT

This dissertation demonstrates some limitations of institutional arrangements which are relied upon by the Administrative Tribunal for the National Financial System (ATNFS) in the supervision of the local financial market. Initially the dissertation describes conventional legal doctrines used in Brazil concerning administrative penalties (police power, theory of regulation and ordering administration - “*ordnenden Verwaltung*”) in the context of discourses found in the current Brazilian administrative law (developmentalist administrative law, liberalizing administrative law; tinkering discourse and constitutionalizing discourse). Next, the notion of “legal person” (company) which underlies the varied legal treatment of the organization of business enterprise (including unincorporated enterprise owned by an individual – “*empresa individual*”, single incorporated enterprise owned by a legal person - “*empresa societária*” and group enterprise – “*grupos societários*”), is described as part of a corporate company model (one enterprise = one company) present in Brazilian legal provisions. Furthermore, some ideas about legal responsibility are discussed not only in order to identify the traditional model applied to the legal treatment of corporations in Brazil (strict liability of the corporation) but also in order to detect another model that has been constructed recently with the growing movement for corporate *criminal* liability (subjective responsibility of the corporation). Having outlined this general context of legal ideas, the research analyses many ATNFS decisions which have relied on the so-called “principle of individual nature of penalties” (Brazilian Constitution of 1988, art. 5, XLV) concerning the administrative penalties imposed on financial companies. The analysis of the administrative decisions rendered by the ATNFS provide the basis for the characterization of the limitations of the models traditionally used in Brazilian law (corporate company model and strict liability of the corporation) when are used to impose administrative penalties to corporations.

Keywords: Brazilian Administrative Law. Financial Market. Legal Personality. Corporate Criminal Liability.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Três globalizações do pensamento jurídico (1850-2000)	21
Quadro 2 - Ideias jurídicas sobre as relações entre direito e economia no Brasil (1824-2008)	22
Quadro 3 - Modelos de estruturas jurídicas da empresa (empresa individual, empresa societária e empresa plurissocietária)	87
Quadro 4 – Os 100 maiores bancos do SFN (data-base jun. 2014) – Distribuição Conglomerados X Instituições Isoladas.....	97
Quadro 5 - Modelo da responsabilidade jurídica objetiva da pessoa jurídica	111
Quadro 6 - Modelos de responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica	125
Quadro 7 - Modalidades de reorganização societária com e sem extinção de personalidade jurídica	132
Quadro 8 - TQCA no CRSFN (2003-2012)	135
Quadro 9 - EPI no CRSFN (2003-2012)	138
Quadro 10 - Diferentes tratamentos da extinção da personalidade jurídica da incorporada	140
Quadro 11 - Imposição de penalidades pelo CRSFN e mudança/permanência de personalidade jurídica e/ou grupos societários	143
Quadro 12 - Modelos de responsabilidade jurídica e decisões do CRSFN	149

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC	Ação Cível
AED	Análise Econômica do Direito
AgR	Agravo Regimental
AIDP	Associação Internacional de Direito Penal
ATNFS	<i>Administrative Tribunal for the National Financial System</i>
BCB	Banco Central do Brasil
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BVRJ	Bolsa de Valores do Rio de Janeiro
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAUC	Cadastro Único de Convênios
CC	Código Civil
Cciv	Código Civil (Portugal)
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal brasileira de 1988
CLT	<i>Classical Legal Thought</i>
CMN	Conselho Monetário Nacional
CRSFN	Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional
CSC	Código das Sociedades Comerciais (Portugal)
CSN	Companhia Siderúrgica Nacional
CTN	Código Tributário Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
CVRD	Companhia Vale do Rio Doce
DL	Decreto-Lei
EIRELI	Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
EPI	Extinção da Punibilidade por Incorporação
FMI	Fundo Monetário Internacional
IA	Inquérito Administrativo
LSA	Lei das Sociedades Anônimas
MP	Medida Provisória
NIE	Novo Institucionalismo Econômico

OWiG	Lei Geral das Contra-Ordenações (Alemanha)
PA	<i>Proportionality Analysis</i>
PAS	Processo Administrativo Sancionador
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PGFN/CAF	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional/Coordenação de Assuntos Financeiros
PIB	Produto Interno Bruto
PLS	Projeto de Lei do Senado
PROES	Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária
QO	Questão de Ordem
RESP	Recurso Especial
SFN	Sistema Financeiro Nacional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TQCA	Transferência Qualificada de Controle Acionário

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 CONDICIONAMENTOS À EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS NO ATUAL DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	20
1.1 A primeira globalização, a fase do liberalismo clássico do direito administrativo brasileiro (1850-1930) e a doutrina clássica do poder de polícia	23
1.2 A segunda globalização e a fase do velho desenvolvimentismo do direito administrativo brasileiro (1930-1990)	27
1.2.1 Direito administrativo desenvolvimentista e o poder de polícia administrativa	31
1.3 A terceira globalização e a fase das adaptações pragmáticas pró-mercado do direito administrativo brasileiro	37
1.3.1 As diferentes formulações no Direito Administrativo Brasileiro Pós-Reforma do Estado (1990-2000)	41
1.3.1.1 <i>Discurso Jurídico de Submissão à “Visão Neoclássica” da Sociedade e de Uso Intensivo de Categorias Econômico-Jurídicas e a Doutrina Jurídica da Regulação</i>	45
1.3.1.2 <i>Direito Administrativo de “Adaptação Pragmática” das Categorias Tradicionais e Direito Administrativo Ordenador</i>	50
1.3.1.3 <i>Discurso Constitucionalizante do Direito Administrativo, a Unidade do “Jus Puniendi” Estatal e Pessoalidade das Penas Administrativas</i>	57
1.3.2 As diferentes formulações no direito administrativo brasileiro pós-reforma do Estado (1990-2000) e a personalidade das penas administrativas	63
2 AS ESTRUTURAS NORMATIVAS REFERENTES À IDENTIFICAÇÃO EMPRESA – SOCIEDADE E A CRISE DA NOÇÃO DE PESSOA JURÍDICA	64
2.1 Modelo da Empresa Individual (Direito dos Comerciantes)	67
2.2 Modelo da Empresa Societária (Direito das Sociedades Comerciais)	70
2.2.1 Modelo da Empresa Societária, Sociedades Anônimas e Início da Ruptura do Nexo entre Poder e Responsabilidade	74
2.3 Modelo da Empresa Plurissocietária (Direito dos Grupos Societários)	79

2.4	Direito Divorciado da Realidade Econômica: Crise da Pessoa Jurídica em Direito Societário, Desconsideração da Personalidade Jurídica e Inadequação das Estruturas do Modelo da Empresa Societária	86
3	AS ESTRUTURAS NORMATIVAS REFERENTES À DETERMINAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS	98
3.1	Modelos de responsabilidade jurídica, responsabilidade subjetiva e personalidade das penas	99
3.2	Modelo da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica	102
3.3	Modelo da responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica	111
3.3.1	Modelos de responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas e direito administrativo sancionador	119
4	A APLICAÇÃO DA PERSONALIDADE DAS PENAS PELO CRSFN COMO EXEMPLO DAS LIMITAÇÕES DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS DISPONÍVEIS À SUPERVISÃO DO MERCADO FINANCEIRO NO BRASIL	129
4.1	Sintomas da crise do modelo da sociedade empresária: transferência qualificada de controle acionário de instituição financeira e incorporação societária como causas de extinção da punibilidade da pessoa jurídica incorporada	130
4.2	Sintomas da inadequação do modelo da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica para aplicação de penas administrativas: as diversas formas de responsabilização da pessoa jurídica em decorrência da atuação das pessoas físicas	144
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	152
	REFERÊNCIAS	156
	ANEXOS	162
	ANEXO A: ACÓRDÃO PROFERIDO PELO CRSFN NO JULGAMENTO DO RECURSO 5.223	163
	ANEXO B: DECISÕES DO CRSFN (2003-2012) SOBRE TRANSFERÊNCIA QUALIFICADA DE CONTROLE ACIONÁRIO (TQCA)	176

ANEXO C: ACÓRDÃO PROFERIDO PELO CRSFN NO JULGAMENTO DO RECURSO 5.455	184
ANEXO D: DECISÕES DO CRSFN (2003-2012) SOBRE A INCORPORAÇÃO SOCIETÁRIA COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA PESSOA JURÍDICA INCORPORADA (EPI)	215
ANEXO E: ACÓRDÃO PROFERIDO PELA CVM NO JULGAMENTO DO PAS CVM RJ2006/3364	219
ANEXO F: DECISÕES DA CVM E DO CRSFN COM A TESE DA IMPOSSIBILIDADE DE SIMULTÂNEA RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E DA PESSOA FÍSICA PELA MESMA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	230
ANEXO G: PARECER PGFN/CAF/CRSFN 815/2006.....	231

INTRODUÇÃO

Em 20 de setembro de 2006 foi julgado, na 265ª Sessão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), o Recurso nº 5.223. O processo administrativo, na verdade, continha dois recursos: um recurso voluntário, em nome de uma *pessoa física*, diretor de um banco; e um recurso de ofício (reexame necessário), referente à absolvição da *pessoa jurídica*, a saber, o banco do qual o recorrente voluntário era diretor. Ambos os recursos foram requeridos contra anterior decisão administrativa proferida pelo Banco Central do Brasil (BCB), mediante a qual essa autoridade reprimia irregularidades praticadas pela instituição bancária em operações de câmbio.

Até então, vigia no âmbito do CRSFN, com relativa ausência de controvérsias, o entendimento favorável ao reconhecimento dos efeitos da chamada “transferência qualificada de controle acionário” ou “cofatorialidade”. Segundo essa construção jurisprudencial, mesmo diante da prática de certas irregularidades, o BCB e o CRSFN declaravam extinta a punibilidade das pessoas jurídicas cujo controle houvesse sido transferido, de um grupo societário a outro.

Esse entendimento jurisprudencial, contudo, subordinava a extinção da punibilidade em casos de “cofatorialidade” a três requisitos, a saber: a) que o processo administrativo para aplicação da penalidade administrativa houvesse iniciado após a transferência de controle acionário; b) que tal transferência de controle acionário tenha se dado por intervenção do BCB, e tenha sido induzido por esta autoridade, por razões de manutenção da higidez do sistema como um todo – p. ex., para evitar o chamado “risco sistêmico” e, c) tenha sido comprovada a inexistência de má-fé na referida operação societária.

O parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), originalmente proferido nesses autos, concordava com os fundamentos da absolvição da pessoa jurídica, mas acabou prevalecendo o entendimento desse órgão segundo o qual deveria haver o reconhecimento da responsabilidade administrativa.¹

O CRSFN, no entanto, não concordou com a conclusão da PGFN e manteve o seu tradicional entendimento pela absolvição da pessoa jurídica com fundamento na figura jurídica da “transferência qualificada de controle acionário”. Conforme o voto vencedor do

¹ Apesar de presentes no processo algumas manifestações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) que revelavam divergências internas a esse órgão relativamente à matéria dos recursos, tais divergências foram superadas, de modo que a opinião conclusiva dos procuradores foi pelo provimento do recurso de ofício. Portanto, a PGFN no julgamento administrativo em questão se posicionou no sentido de reconhecer a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica cujo controle acionário fora transferido.

Conselheiro Flávio Maia F. dos Santos, não caberia a automática transposição dos princípios de direito penal (como o da legalidade) ao direito administrativo sancionador (penalidades administrativas) já que, naquele, não há a punição da pessoa jurídica: “Na verdade, na esfera do Direito Penal, há a automática desconsideração da pessoa jurídica, para atingir as pessoas físicas que a fazem agir”.²

Na visão do CRSFN, o entendimento da PGFN – que reconhecia a responsabilidade apesar de ocorrente a transferência de controle acionário – era não apenas violador dos princípios da moralidade e da razoabilidade,³ mas também pecaria pelo excessivo formalismo e chegaria a ser contraditório em seus termos já que, ao afirmar que a extinção da punibilidade só poderia ocorrer com a extinção da personalidade da pessoa jurídica infratora decorrente de sua posterior incorporação societária, daria “[...] azo a que fique ao alvedrio do novo controlador o afastamento da punibilidade”⁴. Mas o fundamento definitivo desse entendimento diria respeito ao princípio da personalidade das penas (CF/88, art. 5º, XLV). Tendo em conta a troca do controle acionário da instituição financeira infratora, não mais se mostraria possível ou necessária a sua punição: “Embora as instalações e vários empregados sejam os mesmos, as diretrizes de atuação, o ânimo (no sentido etimológico de alma) são outros. O corpo pode ser o mesmo, mas a alma é outra. Não faz sentido punir-se esse outro ser”⁵.

A partir de então, ainda que por maioria, o CRSFN continua a reconhecer até hoje a procedência da tese de impossibilidade de punição nos casos de “transferência qualificada de controle acionário”.

O julgamento acima ilustra uma dificuldade inerente à política de supervisão bancária exercida pelo BCB e pelo CRSFN (com a assistência da PGFN). Tal dificuldade tem sido enfrentada pelo CRSFN em inúmeros recursos. Em termos jurídicos, a dificuldade pode ser resumida nas seguintes questões:

- A instituição financeira, cujo controle foi transferido, é ainda (ou deve ser considerada) a mesma pessoa jurídica infratora?

² O inteiro teor do acórdão proferido pelo CRSFN no julgamento do Recurso 5.332 consta do Anexo A.

³ Ainda segundo esse voto, seria “[...] desarrazoado que o Poder Público conduza a venda de determinada instituição, contando com a boa-fé e colaboração do mercado, e depois venha a punir os adquirentes (através da aplicação de sanção à instituição) por supostas irregularidades anteriores à venda, de que não tinham e não poderiam ter conhecimento dos adquirentes, que delas não participaram” (Anexo A).

⁴ Vide Anexo A.

⁵ Vide Anexo A.

- É juridicamente aceitável e legítima a imposição de penas administrativas nessas hipóteses?
- Seria útil a distinção entre “transferência qualificada de controle acionário” e a extinção formal da instituição por incorporação societária?⁶.

O objetivo da presente dissertação é expor como a aplicação da chamada “personalidade das penas”, nos julgados do CRSFN, é capaz de demonstrar as limitações do atual direito positivo brasileiro em relação à realidade econômica a ele subjacente.

Essa demonstração será feita em duas frentes principais:

- 1) uma *primeira*, mostrando as dificuldades da aplicação de um direito positivo que pressupõe uma coincidência entre empresa (elemento socioeconômico) e sociedade (elemento jurídico), a uma realidade em que esses dois elementos frequentemente não são coincidentes; e
- 2) uma *segunda*, que exporá a inadequação da tradicional estrutura usada para determinar a responsabilidade da pessoa jurídica quando utilizada para fins de imposição de penalidades administrativas contra esses entes coletivos.

A demonstração será feita com base na análise das doutrinas jurídicas subjacentes às estruturas normativas atualmente disponíveis às autoridades de supervisão do mercado financeiro no Brasil. Portanto, o trabalho, analisará não somente as regras de direito positivo disponíveis (e suas interpretações doutrinárias), mas também a sua aplicação prática pelo CRSFN.

No Capítulo 1 – Condicionamentos à Exploração de Atividades Econômicas no Atual Direito Administrativo Brasileiro – serão identificadas as principais formulações existentes, dentre aquelas correntemente existentes no direito administrativo brasileiro, acerca da aplicação de penalidades administrativas a agentes econômicos. Aqui é que se poderá

⁶ Apesar da diferença existente entre a transferência qualificada de controle acionário (em que há a manutenção da personalidade jurídica da instituição infratora) e a incorporação societária (em que há a extinção da personalidade jurídica da instituição incorporada), o princípio da personalidade das penas vem sendo levantado em ambas as hipóteses no CRSFN. No julgamento do Recurso 5.455 (j. na 285ª Sessão, em 12/06/08), também por conta dessa personalidade das penas se acabou por concluir que “[...] a multa no presente processo reveste-se de caráter punitivo e, portanto, deverá servir como pena somente àquele que deu causa a sua aplicação, não devendo atingir o seu sucessor”. O referido raciocínio é assim concluído: “44. Apenas para traçar um paralelo com a responsabilidade da pessoa física, a extinção da pessoa jurídica seria como a morte para a pessoa física, não se devendo falar em continuidade de processo sancionador após a incorporação”. O inteiro teor do acórdão proferido pelo CRSFN no julgamento do Recurso 5.455 conta do Anexo C.

caracterizar em linhas gerais a evolução histórica do conceito de poder de polícia (polícia administrativa), bem assim do impacto nele causado após a década de 1990, pelas formulações ligadas à doutrina jurídica da regulação. Também aqui se poderá melhor localizar e caracterizar a doutrina da unidade do *jus puniendi* estatal, formulação utilizada para se exigir, também das penalidades impostas às pessoas jurídicas, a personalidade das penas (CF/88, art. 5º, XLV). Ao longo dessa exposição será possível uma exposição sobre a contingência histórica não só dessas formulações de direito administrativo, mas também quanto às normas de direito societário.

No Capítulo 2 – As Estruturas Normativas Referentes à Identificação Empresa – Sociedade e a Crise da Noção de Pessoa Jurídica, serão abordados os elementos necessários para a análise da primeira frente de questionamentos que a aplicação de personalidade das penas às pessoas jurídicas suscita: a aplicação de disposições normativas que pressupõem uma coincidência entre *empresa-sociedade*, a uma realidade fática em que esses elementos não são necessariamente coincidentes. Será traçada uma evolução histórica dos modelos jurídicos tradicionalmente dispensados àqueles que exploram atividades econômicas (empresa individual, empresa societária e empresa plurissocietária), com especial destaque à identificação da forma jurídica pressuposta na larga maioria das disposições normativas correntes: as *sociedades comerciais*, ou seja, entes coletivos dedicados justamente a essa exploração de atividades econômicas. Tal panorama histórico se mostra necessário não só para tentar se identificar o modelo atualmente “pressuposto” pelas disposições de direito administrativo e societário, mas também para mostrar as deficiências dele frente a uma realidade econômica que teve crescente expansão ao longo de todo o séc. XX e início deste séc. XXI: os grupos societários⁷.

No Capítulo 3 – As Estruturas Normativas Referentes à Determinação da Responsabilidade das Pessoas Jurídicas – serão expostos os elementos necessários para a análise do segundo grupo de questionamentos sobre a aplicação do princípio da personalidade das penas às pessoas jurídicas: aquele referente à inadequação/insuficiência do modelo da “responsabilidade objetiva” para imposição de penas administrativas às pessoas jurídicas. Essa exposição será iniciada com a identificação dos dois principais regimes de responsabilidade jurídica: subjetiva e objetiva, localizando-se a personalidade das penas como

⁷ PICCIOTTO Sol. *Regulating global corporate capitalism*. New York: Cambridge University Press, 2011. Não se desconhece a existência de outras formas de organização das atividades empresariais (*joint ventures*, contratos relacionais, consórcios, *board interlocking* etc), mas a escolha dos grupos societários - e seu contraste com as sociedades individualmente consideradas - foi a alternativa que melhor se apresentou para os fins da presente pesquisa.

um desdobramento da responsabilidade subjetiva. Aqui também se poderá identificar o modelo tradicionalmente “pressuposto” quanto às pessoas jurídicas como sendo aquele de *responsabilidade objetiva*. No entanto, além desse modelo tradicional, também poderá ser constatado o surgimento de um modelo alternativo (responsabilidade *subjetiva* da pessoa jurídica), que é mais tradicional em *common law* e se encontra presente nas diversas formulações (doutrinárias e/ou normativas) relativas ao reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a partir da metade do séc. XX.

No Capítulo 4 – A Aplicação da Personalidade das Penas pelo CRSFN como Exemplo das Limitações das Estruturas Normativas Disponíveis à Supervisão do Mercado Financeiro no Brasil – será possível, mediante a análise de vários julgados do CRSFN que aplicam o princípio da personalidade das penas, caracterizar a *insuficiência/inadequação dos modelos jurídicos tradicionalmente pressupostos em direito administrativo e societário brasileiro* (sociedade empresária e responsabilidade objetiva da pessoa jurídica) *para a aplicação de penalidades administrativas às pessoas jurídicas*. Quanto ao conjunto dessas decisões, merecerá destaque o entendimento jurisprudencial que se formou acerca dos efeitos absolutórios da transferência qualificada de controle acionário (TQCA), em que se pode perceber uma nítida influência das medidas de saneamento do sistema bancário brasileiro que foram tomadas a partir de meados de década de 1990 (em especial a “indução” do Banco Central nesses casos).

Nas Considerações Finais, enfim, essas insuficiências/inadequações dos modelos jurídicos acima referidos serão consolidadas e contextualizadas segundo algumas formulações do chamado Novo Direito e Desenvolvimento.

Esclareça-se, por oportuno, que a presente pesquisa, ao procurar a identificação das deficiências das disposições normativas atualmente correntes no direito administrativo e societário brasileiro, insere-se no marco teórico do chamado Novo Direito e Desenvolvimento (*New Law and Development*).

Em outras palavras, conforme a classificação proposta por David Trubek e Mario Schapiro (TRUBEK; SCHAPIRO, 2012, p. 28 e 52), a presente pesquisa se insere no chamado *terceiro momento* do “Direito e Desenvolvimento”, ou seja, em um momento no qual, superados o marcado protagonismo estatal do *velho desenvolvimentismo* (primeiro momento) e a ênfase no livre mercado do *neoliberalismo* (segundo momento), nesse *novo desenvolvimentismo* se procura compatibilizar a atuação desses dois atores. Na caracterização de Trubek e Schapiro (2012, p. 52):

No novo desenvolvimentismo o Estado e a intervenção das políticas públicas assumem um papel robusto, demandando uma atuação intensa da burocracia, embora não tenda ao dirigismo como único ideal de intervenção pública. Em outros termos, a burocracia estatal encarrega-se da gestão e coordenação dos processos de desenvolvimento, do monitoramento das políticas públicas e da constante revisão e ajuste de procedimentos de governança. Da mesma forma, os objetivos do desenvolvimento, ainda que não sejam definidos de modo vertical (*top down*), decorrem de escolhas públicas, coletivas e interações econômicas. São, portanto, menos fruto de sucessivas (e randômicas) decisões privadas e mais atrelados a coordenações políticas, matizadas por composições público-privadas.

Desde já cumpre esclarecer que o sentido do termo “direito” que será utilizado ao longo da presente pesquisa não se resume às normas escritas e abstratamente consideradas. Ele não se resumiria a essas disposições normativas, mas abrange também a sua aplicação em concreto pelas autoridades judiciais e administrativas, correspondendo ao que Diogo Coutinho designa “arcabouço jurídico” ou “aparato jurídico” (COUTINHO, 2013, p. 84). É efetivamente a partir do contraste entre o direito escrito e o direito em concreto que a presente pesquisa pretende apontar algumas deficiências das estruturas normativas à disposição das autoridades brasileiras responsáveis pela fiscalização do mercado financeiro.

Outro esclarecimento prévio é quanto ao sentido do termo “sistema financeiro”, o qual será entendido como “[...] o conjunto de atividades bancárias e de operações com valores mobiliários, que se encarrega da transferência de recursos dos atores superavitários (poupadores) para aqueles que demandam tais montantes (firmas)” (STIGLITZ, 1994, p. 19; SCHAPIRO, 2012, p. 132)⁸. Tal conceito mais amplo, a abranger as atividades bancárias e de mercados de capitais, serve melhor ao objeto da presente pesquisa. A análise dos julgados do CRSFN abrange tanto decisões de supervisão do mercado bancário (Banco Central do Brasil), como também decisões de supervisão do mercado de capitais (Comissão de Valores Mobiliários – CVM).

⁸ A afirmação do autor é um resumo do argumento de Stiglitz (1994, p. 19). A passagem deste último que trata especificamente destas funções do mercado financeiro é esta: “[...] As funções principais dos mercados financeiros são transferir capital dos poupadores aos mutuários; aglomerar capital; selecionar projetos; monitorar; dar cumprimento aos contratos; transferir, dividir e mutualizar riscos; registrar as transações ou, mais genericamente, ‘rodar’ o meio de troca” (STIGLITZ, 1994, p. 23). Todas as traduções de fontes em língua estrangeira, referidas ao longo deste texto, foram feitas pelo autor da pesquisa.

1 CONDICIONAMENTOS À EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS NO ATUAL DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

No presente capítulo serão especificadas as construções jurídicas que permitem a colocação do problema proposto nesta pesquisa, ou seja, a justificação jurídica da imposição, aos agentes econômicos no mercado financeiro brasileiro (indivíduos e/ou coletividades), de penalidades de cunho administrativo (poder de polícia ou polícia administrativa). Também serão expostas outras construções (como os conceitos de direito administrativo ordenador e o da unidade do *jus puniendi* estatal) que, juntamente com essa tradicional concepção de “poder de polícia”, vem moldando a discussão da personalidade das penas no direito administrativo brasileiro a partir da edição da CF/88.

Para tanto, será feita uma contextualização mais ampla a partir da análise das “Três Globalizações”, de Duncan Kennedy (*Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*)⁹. Ao analisar as movimentações das instituições jurídicas no ocidente como um todo (e suas influências nas suas antigas possessões coloniais), do séc. XIX até o início do séc. XXI, ela permite a identificação de períodos (três globalizações) de formulação e propagação de ideias jurídicas que oferecerão elementos úteis para as análises desenvolvidas nesta dissertação e conexões diretas com o objeto desta pesquisa¹⁰.

Tais “globalizações”, e suas características fundamentais para a presente abordagem, podem ser sintetizadas conforme o Quadro 1 – adaptado a partir de modelo mais amplo constante de Kennedy (2006, p. 21):

⁹ Além disso, também serão utilizados elementos da análise constante de Castro (2012).

¹⁰ Segundo Duncan Kennedy (2006, p. 19): “As três globalizações [...] se referem a dois períodos sobrepostos de mudanças de instituições jurídicas e de concepções no ocidente: o crescimento do pensamento jurídico clássico entre 1850 e 1914 e de um pensamento jurídico socialmente orientado entre 1900 e 1968; e da transformação dos traços característicos desses dois períodos em dois distintos processos de difusão pelo mundo das colônias e das nações recém-independentes. A terceira parte (mais curta) esboça um desenvolvimento institucional e teórico jurídico similar – uma terceira globalização – para o período 1945-2000 (para um resumo geral, ver Quadro 1).”

Quadro 1 - Três globalizações do pensamento jurídico (1850-2000).

	1ª Globalização Pensamento Jurídico Clássico (1850-1914)	2ª Globalização Pensamento Jurídico Orientado pelo Social (1900-1968)	3ª Globalização Políticas Públicas, Neoformalismo (1968 - 2000)
Direitos	Direitos individuais Direitos de propriedade	Direitos de grupos Direitos sociais	Direitos humanos
Núcleo Jurídico	Direito privado	Direito social	Direito constitucional
Filosofia Jurídica	Positivismo jurídico	Pluralismo jurídico	Múltiplos projetos de reconstrução jurídica
Instrumento Jurídico	Código	Legislação específica	Constituição, tratado, carta de direitos
Técnica Jurídica	Dedução em uma ordem jurídica autônoma e coerente	Desenvolvimento racional do direito como um meio para se atingir fins sociais	Neoformalismo em direito público e de ponderação de considerações conflitantes
Imagem Econômica	Livre mercado	Alternativas ao mercado	Mercado pragmaticamente regulado
Ramos Jurídicos Privilegiados	Direito contratual Direito comercial	Direito do trabalho Direito administrativo Direito de família Direito internacional	Direito constitucional Direito empresarial

Fonte: Kennedy (2006, p. 21)

As conexões mais imediatas com a presente pesquisa serão feitas a partir da descrição, de Marcus Faro de Castro (2013) (*Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil*), das ideias jurídicas que estavam subjacentes às medidas de política econômica no Brasil, do período imperial até as reformas liberalizantes da década de 1990.

Dessa análise das relações entre direito e política econômica no Brasil, Castro (2013) ressalta a importância das formulações de direito administrativo, as quais poderiam ser agrupadas em três fases históricas, conforme o Quadro 2 (CASTRO, 2013, p. 48):

Quadro 2 - Ideias jurídicas sobre as relações entre direito e economia no Brasil (1824-2008).

Período	1824-1930	1930-1990	1990-2008
Visão Jurídica	Liberalismo Clássico	Velho Desenvolvimentismo	Adaptações Pragmáticas Pró-Mercado
Estrutura da doutrina jurídica	<p>Principais construtos jurídicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - poder público (<i>puissance publique</i>) - poder de polícia - poder hierárquico - excesso de poder 	<p>Principais construtos jurídicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Poder de polícia mais amplo e extremado - Visão teleológica (ou finalista) do direito administrativo - Serviço público (<i>service publique</i>) - Contratos administrativos (com especial importância ao contrato de concessão) - Desvio de poder - Regime de direito administrativo - Supremacia do interesse público 	<p>Principais construtos jurídicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Direito global - Repercussões doutrinárias de direito antitruste - Ausência de poder hierárquico relativamente às agências reguladoras - Grande prestígio da análise microeconômica - Regime de direito privado - Ausência de regulação não-assimétrica - Grande prestígio dos argumentos das “origens jurídicas” - Eficiência como princípio constitucional - Aderência à tese de “<i>one-size-fits-all</i>” ou da “<i>convergência institucional</i>” das agências multilaterais

Fonte: Castro (2013, p. 48)

Tais periodizações, apesar de não completamente coincidentes, mostram-se suficientes para contextualizar os conceitos jurídicos normalmente utilizados, no direito administrativo brasileiro, para a aplicação de penalidades administrativas às pessoas jurídicas.

1.1 A primeira globalização, a fase do liberalismo clássico do direito administrativo brasileiro (1850-1930) e a doutrina clássica do poder de polícia

Conforme a análise de Duncan Kennedy, no período de 1850-1914 predominou no Ocidente, como regra geral, um modo específico de se pensar o direito e as ordens jurídicas:

Entre 1850 e 1914 o que foi globalizado foi o pensamento jurídico clássico [*Classical Legal Thought* – CLT]. Ele não tinha uma essência. Mas entre as suas principais características estava o modo de pensar o direito como um sistema de esferas de autonomia para agentes públicos e privados, com os limites dessas esferas sendo definidos por uma argumentação jurídica entendida como uma prática científica. Os mecanismos da globalização foram a imposição direta do Ocidente no mundo colonizado, a abertura ‘forçada’ de regimes não-ocidentais que permaneciam independentes e o prestígio da ciência jurídica alemã no mundo das nações europeias e do hemisfério ocidental (KENNEDY, 2006, p. 20).

Nesse período, nas mais diversas ordens jurídicas ocidentais, predominava o entendimento do direito como um “sistema”, autossuficiente e autônomo, cuja coerência interna seria garantida pela distinção entre direito público e privado, pelo individualismo e pelo comprometimento com uma interpretação jurídica formalista – pensamento jurídico clássico (*Classical Legal Thought* - CLT¹¹). Tais características viriam combinadas em uma “teoria da vontade” individual (*will theory*)¹²:

Pela teoria da vontade (individual) as regras de direito privado das nações ocidentais ‘avançadas’ deveriam ser entendidas a partir da noção de que o governo deveria proteger os direitos subjetivos dos sujeitos jurídicos, o que significava ajudá-los a realizar suas vontades, restringindo-os unicamente naquilo que fosse necessário para permitir que outros fizessem o mesmo.

A teoria da autonomia da vontade era uma tentativa de identificar as regras que derivariam de um consenso a favor do objetivo da autorrealização individual. Não era uma filosofia política ou moral que justificasse este objetivo; nem era uma teoria positiva histórica ou sociológica de como esse objetivo se formou. Antes disso, a teoria oferecia uma interpretação específica, baseada na vontade e na dedução das inter-relações de dezenas ou centenas de normas concretas das ordens jurídicas então existentes, bem assim das instituições legisladoras e judicantes que geraram e aplicaram essas normas (KENNEDY, 2006, p. 26).

Também característico, dessa fase do pensamento jurídico clássico, era a divisão entre aquilo que poderia ser objeto de uma disciplina local específica e aquilo que não o poderia, como se poderia perceber das distinções direito local (relativo às pessoas) – direito

¹¹ Marcus Faro de Castro, apesar de também se referir à expressão “pensamento jurídico clássico” de D. Kennedy (CASTRO, 2012, p. 196), a ela se refere como sendo “direito burguês” (CASTRO, 2012, p. 122 e 130).

¹² Tradução da expressão “*will theory*”, conforme consta em Castro (2012, p. 202).

internacional (relativo às soberanias); direito público – direito privado; e “direito do mercado” (*law of the market*) – direito de família (KENNEDY, 2006, p. 31).

Ao exigir que só algumas questões (como o direito de propriedade e o dos contratos, baseados no livre mercado) tivessem um regramento comum entre as ordens jurídicas nacionais (isso em detrimento de outras matérias, como as questões de direito de família, que necessariamente deveriam ter tratamento local), esse pensamento jurídico clássico, segundo Kennedy (2006), teve sua recepção amplamente facilitada não só na Europa, mas também nos países periféricos, como nos da América Latina.

Essa dicotomia do pensamento jurídico clássico permitiu que se compatibilizassem, por exemplo, o liberalismo com realidades que, teoricamente, com ele seriam incompatíveis (como a servidão e a escravidão, por exemplo):

A incorporação dessas formas de trabalho através das categorias do pensamento jurídico clássico – a venda da força de trabalho para o trabalhador agrícola, a propriedade privada da terra para o camponês – significou, por vezes, que as potências coloniais e os estados independentes da periferia simplesmente ratificaram, ao adotarem uma ideia de livre-arbítrio mais formal e abstrata que uma mais substantiva, quaisquer esquemas de hierarquia econômica ou social que emergissem da violência e cultura locais (KENNEDY, 2006, p. 36).

Tal adaptabilidade do direito burguês também se mostrou no Brasil monárquico (1822-1889) e na República Velha (1889-1930). Se, por um lado, as Constituições de 1824 e de 1891 consagravam disposições típicas de um liberalismo clássico, por outro também permitiram a manutenção de uma sociedade agrária e patriarcal, controlada por oligarquias conservadoras (CASTRO, 2013, p. 8). Mesmo com algumas mudanças estruturais a partir de 1850 (abolição do tráfico negreiro e o incremento de algumas atividades de industrialização), tal realidade se deu até o Estado Novo de Vargas.

É nesse contexto histórico que o direito administrativo foi introduzido no Brasil, importando noções do *droit administratif* da Restauração Francesa (1814-1830) para atender às necessidades operacionais da burocracia, para que essas políticas estatais não tivessem efeitos adversos sobre os interesses dos grandes latifundiários exportadores de café, os chamados “barões do café” (CASTRO, 2013, p. 10): “Muitas doutrinas francesas que expressam a ideia de uma discricionariedade burocrática reforçada são acolhidas e apresentadas como partes de um argumento irrefutável sobre as necessárias fundações normativas da sociedade” (CASTRO, 2013, p. 11).

Entre os diversos conceitos desse direito administrativo do liberalismo clássico brasileiro (poder público, poder hierárquico e excesso de poder) é que foi originalmente introduzida, no país, a noção de poder de polícia (*police administrative*).

Em linha com a regra geral de proteção da autonomia da vontade desse período, esse poder de polícia se faria sentido nas atividades econômicas que, apesar de não demandarem prévia autorização pública para seu exercício, ainda assim deveriam ser submetidas a uma constante vigilância em benefício da ordem, como defendido por Vicente Pereira do Rego em “Elementos de Direito Administrativo Brasileiro”, de 1860 (CASTRO, 2013, p. 12).

Esse caráter negativo (absenteísmo) da noção de poder de polícia (no sentido as intervenções do poder público devem ser restritas, unicamente, àquelas medidas garantidoras de que outros indivíduos também possam exercer essas mesmas atividades econômicas) está de acordo com a garantia do exercício da autonomia da vontade, típica desse liberalismo clássico do período. Em reforço à manutenção desse absenteísmo se encontrava a doutrina do excesso de poder (*excès de pouvoir*), por meio da qual se permitiu que eventuais excessos na aplicação dessas restrições pudessem ser dirimidos dentro da própria estrutura da burocracia administrativa, o que impediu a interferência de outros interesses, pela via da discussão judicial, na implementação dessas restrições de poder de polícia (CASTRO, 2013, p. 12).

Tal poder de polícia, no entanto, assume um sentido diferente posteriormente, como se virá quando da análise do chamado velho desenvolvimentismo¹³.

Essa mesma adaptabilidade às circunstâncias locais, presente no pensamento jurídico clássico, também se mostra nas primeiras leis societárias aprovadas no Brasil.

O crescimento das sociedades anônimas no Brasil esteve intimamente ligado às necessidades de financiamento estatal (PARGENDLER, 2013, p. 170). Exatamente por conta disso é que, assim como aconteceu com as grandes companhias coloniais, sua constituição sempre esteve vinculada a uma prévia autorização estatal¹⁴.

A aprovação da 1ª lei das sociedades anônimas brasileira (Decreto 575, de 10/01/1849) era expressa em exigir autorização governamental prévia para a constituição de qualquer sociedade anônima, exigência que foi mantida pelo Código Comercial de 1850 (PARGENDLER, 2013, p. 68). A chamada Lei dos Entraves (Lei 1.083, de 22/08/1860) reforçou as sanções para as situações de atuação sem essa prévia autorização, além de exigir

¹³ Vide item 2.2.1, Direito Administrativo Desenvolvimentista e Poder de Polícia Administrativo.

¹⁴ Sobre as grandes companhias coloniais e as fases históricas de sua constituição até as sociedades anônimas (fases do privilégio, da autorização e da liberdade), vide parte final do item 2.1, Modelo da Empresa Individual (Direito dos Comerciantes).

que a constituição de novos bancos, ferrovias e companhias de navegação fossem precedidas de uma autorização legislativa especial.

Tal regime de estrita autorização prévia, para a constituição de sociedades anônimas, estava de acordo com os interesses dos grandes proprietários exportadores:

Nem as leis dos países estrangeiros, nem uma má compreensão local de seu significado e de sua operação revelam-se suficientes para se explicarem os programas brasileiros iniciais de contenção financeira. O exame da economia política do desenvolvimento financeiro pode ser mais esclarecedor. Os proprietários rurais tinham interesse em resistir a qualquer desvio do papel do Brasil como exportador de produtos agrícolas – interesse compartilhado pela classe comerciante local, em sua maioria estrangeira. Os comerciantes portugueses predominavam em número, enquanto os ingleses tinham, de longe, mais capital. Tomados em conjunto, os empresários estrangeiros nas áreas de importação e exportação detinham uma maioria expressiva dos assentos dos conselhos das associações comerciais mais influentes do Brasil (PARGENDLER, 2013, p. 87).

Esse regime estrito da Lei dos Entraves só foi derrubado com a lei das sociedades anônimas de 1882 (Lei 3.150, de 04/11/1882), que eliminou a exigência de autorização governamental prévia para a constituição da maioria das sociedades anônimas – a constituição de bancos, no entanto, continuava a exigir autorização legislativa específica (PARGENDLER, 2013, p. 92). Mas mudanças maiores só ocorreram com a abolição da escravatura em 1888:

Uma mudança em direção a políticas societárias e financeiras plenamente liberais só aconteceria com a abolição definitiva da escravatura, em 1888. O fim da escravidão, sem compensações para os proprietários dos escravos, teve um impacto profundo sobre o ambiente econômico e político do Brasil. Quase que instantaneamente após a abolição, os oligarcas rurais brasileiro sentiram uma necessidade profunda de crédito e moeda adicionais para viabilizar a transição para um sistema de trabalho assalariado de imigrantes e de homens livres. As forças econômicas e políticas locais estavam mudando e, em novembro de 1889, os militares depuseram o Imperador e proclamaram a República com o apoio da nova burguesia financeira (PARGENDLER, 2013, p. 93).

Essa nova realidade impôs reformas nas leis societárias no ano de 1890 que, além de permitirem um substancial aumento nas sociedades anônimas e no mercado de capitais¹⁵, também acabaram por acarretar a bolha especulativa conhecida como Encilhamento (1890-1892) (PARGENDLER, 2013, p. 94).

¹⁵ Criação em São Paulo de 222 companhias e bancos só nos primeiros seis meses após essas mudanças legislativas e aumentos de operações na BVRJ de 84% em 1889, de 98% em 1890 e de 45% em 1891 (PARGENDLER, 2013, p. 94).

1.2 A segunda globalização e a fase do velho desenvolvimentismo do direito administrativo brasileiro (1930-1990)

Marcada pela crítica ao individualismo e ao deducionismo lógico-formal do pensamento jurídico clássico, na Segunda Globalização tomou força a concepção de que as categorias jurídicas seriam simplesmente um meio para se atingir determinadas finalidades de cunho social. Tanto foi assim que Duncan Kennedy, ao se referir a essa fase, chama-a de pensamento jurídico orientado pelo social (ou simplesmente *The Social* ¹⁶):

Entre 1900 e 1968, o que foi globalizado foi o pensamento da ‘turma do social’ [*The Social*], de novo um modo de pensar sem uma essência, mas com uma importante característica, a preocupação de repensar o direito como uma atividade teleológica, como um mecanismo regulador que poderia e deveria facilitar a evolução da vida social segundo uma interdependência social crescentemente percebida em todos os níveis, da família ao mundo das nações. Os agentes da globalização eram os grupos reformistas de todos os tipos de orientação política, no ocidente desenvolvido, e os movimentos nacionalistas, na periferia, e as elites dos países recém-independentes após 1945 (KENNEDY, 2006, p. 22).

A introdução do sufrágio universal (primeiramente na França em 1848) e sua posterior expansão “forçaram” a capacidade de as categorias do pensamento jurídico clássico (especialmente as de direito civil) para atender as demandas decorrentes dessa representação massificada de interesses (CASTRO, 2012, p. 190 e 200). A crença da suficiência dessas formas jurídicas tradicionais, para o atendimento dessas novas demandas sociais, foi crescentemente posta em dúvida por autores como Jhering¹⁷ (1818-1892), Gierke (1841-1921), Ehrlich (1862-1922), Saleilles (1855-1912), Gény (1861-1959), Duguit (1859-1928), Lambert (1866-1947), Jossierand (1868-1941), Gounod (1885-1960) e Gurvitch (1894-1965) (KENNEDY, 2006, p. 37).

A crítica da “turma do social” contra o individualismo da fase anterior se deu pela constatação de que ele, por não reconhecer a interdependência entre ações dos indivíduos em sociedade, havia permitido que o direito fosse usado como veículo de práticas antissociais:

A ideia básica deles era de que as condições de vida do final do séc. XIX representaram uma transformação social, consistente na urbanização, industrialização, sociedade organizacional¹⁸, globalização dos mercados, tudo

¹⁶ Marcus Faro de Castro se refere a esse movimento pela expressão “turma do social” (CASTRO, 2012, p. 202).

¹⁷ “A desilusão de Jhering com o conceitualismo e seu efeito fossilizante das formas jurídicas o conduziu a desenvolver a ideia de que o sentido do direito deveria advir de seus fins sociais” (CASTRO, 2012, p. 156).

¹⁸ Na tradução dessa mesma passagem, constante de Castro (2012, p. 202), após esse termo há referência ao termo explicativo “*corporações etc*”.

resumido na ideia de interdependência. Por ser individualista, a teoria da vontade (individual) ignorou a interdependência e endossou regras jurídicas particulares que permitiram comportamentos antissociais de várias espécies (KENNEDY, 2006, p. 38).

Outra crítica da “turma do social” ao pensamento jurídico clássico era que este, ao privilegiar a interpretação formalista das normas jurídicas, teria incorrido em um “abuso de dedução”: “Uma parte crucial da crítica da ‘turma do social’ ao pensamento jurídico clássico era a reclamação de que ele mantinha uma aparência de objetividade na interpretação jurídica unicamente através do abuso de dedução” (KENNEDY, 2006, p. 39):

Segundo a análise da ‘turma do social’, em razão de os intérpretes no pensamento jurídico clássico sempre terem se entendido como logicamente forçados em uma dessas formas¹⁹, eles nunca puderam legitimamente trabalhar de forma consciente para adaptar o direito às novas condições do final do séc. XIX. Apesar disso, estas condições constantemente se apresentavam eles, como intérpretes, com lacunas. O que os adeptos do pensamento jurídico clássico tiveram que fazer, para se manterem leais ao papel deles como eles concebiam, era ‘abuso de dedução’. Eles tiveram que tomar decisões que, apesar de fundadas em outros motivos, parecerem operações decorrentes de um trabalho de dedução que tinha como premissa a coerência do sistema. E o abuso de dedução permitiu esse contrabando não por uma aspiração geral de evolução social mas das ideologias partidárias daqueles envolvidos nos conflitos entre trabalho e capital, grandes e pequenas empresas, do fim do século (KENNEDY, 2006, p. 39).

Característico dessa fase também era a concepção finalística do direito (*law as means to an end*). Não sendo mais possível se cogitar (como no pensamento jurídico clássico) da simples manutenção da coerência do sistema jurídico, a “turma do social” privilegiou o desenvolvimento racional do direito como um meio para se atingir fins sociais, ou seja, “[...] a enxergar a ‘interdependência’ das ações dos indivíduos como sendo o elemento a orientar os esforços a dar inteligibilidade ao direito e sustentar sua força normativa” (CASTRO, 2012, p. 202).

Para tanto, ao direito não bastaria se guiar simplesmente segundo suas próprias categorias, mas sim também a partir de outras ciências sociais²⁰: “A ‘turma do social’ era científica. A ciência jurídica do pensamento jurídico clássico era a das categorias jurídicas.

¹⁹ Ou seja, às operações de indução e dedução típicas do pensamento jurídico clássico (KENNEDY, 2006, p. 39).

²⁰ “A turma do social tinha quatro proposições de natureza positiva: (1) do ‘jeito que é’ do social para um adaptativo ‘dever-ser’ do direito; (2) de uma abordagem dedutiva para uma instrumental na formulação das normas; (3) não só os legisladores, mas também os juristas, juízes e agências administrativas reconhecendo abertamente as lacunas da ordem jurídica vigente, e (4) que fosse firmada em práticas normativas (‘direito vivo’) de grupos intermediários entre o estado e os indivíduos, que continuamente estavam sendo desenvolvidos em reação à necessidades dessa nova formação social interdependente” (KENNEDY, 2006, p. 40).

Era a ciência da técnica jurídica. A ‘turma do social’, por seu lado, estava associada à sociologia, à economia, à psicologia” (KENNEDY, 2006, p. 43).

Foi justamente no período chamado por Kennedy de segunda globalização que, tendo em conta a expansão de políticas de redistribuição de renda, mostrou-se possível a montagem do chamado Estado de bem-estar social (*welfare state*) (CASTRO, 2012, p. 203), o qual pressupunha, dentre algumas condições, que as consequências de tais políticas de redistribuição de renda tivessem o aval de uma maioria de eleitores (*New Deal* nos Estados Unidos) ou de uma elite autoritária (como na Argentina) (KENNEDY, 2006, p. 54).

Assim como acontecido na fase anterior, esse pensamento jurídico orientado pelo social (“turma do social”) também se expandiu, das mais diversas formas, para as mais diversas ordens jurídicas nacionais na Europa, América Latina, África e Ásia. A globalização dessa fase se deu em conexão com o nacionalismo que, no caso do Brasil, veio aliado ao regime varguista (KENNEDY, 2006, p. 47).

A implementação dessas políticas sociais, no plano econômico, pressupunha uma rejeição da postura anterior, típica do pensamento jurídico clássico, de simples observância aos mecanismos de livre-mercado, mas também o “[...] desenvolvimento de novas instituições e políticas inovadoras orientadas à promoção da expansão da produção industrial voltada ao mercado interno” (CASTRO, 2013, p. 18).

Um exemplo dessas novas medidas era a chamada política de substituição de importações, utilizada pelo Brasil e pela Argentina nesse período:

Uma parte era com as tarifas aduaneiras, taxas cambiais manipuladas, controle monetários, licenças de importação e crédito subsidiado, tudo desenhado as empresas locais na competição com importações. Outra parte era o desenvolvimento, através das técnicas do clássico direito administrativo social, de um setor detido pelo próprio setor público (ou por ele estritamente regulado) (KENNEDY, 2006, p. 56).

Essa participação (direta ou indireta) do governo central nessas atividades econômicas passou, assim, de intervenções pontuais, a um intervencionismo estatal mais amplo e consciente, correspondendo a um planejamento em sentido amplo (CASTRO, 2013, p. 18). Essa postura ficou conhecida como *desenvolvimentismo* (ou *velho desenvolvimentismo*). O veículo para esse planejamento seriam as medidas desse direito administrativo desenvolvimentista.

No direito societário brasileiro desse período, o que se viu foi uma crescente participação acionária do Estado em diversos tipos de investimento, o que acabou perdurando

ao longo de todo o séc. XX (PARGENDLER, 2011, p. 174). Essa participação acionária em que o Estado agia na qualidade de acionista controlador ocorreu especialmente a partir de 1930 nas grandes sociedades de economia mista²¹.

O principal instrumento jurídico que viabilizou isso foi o Decreto 21.536, de 15/07/1932 que, quebrando o tradicional esquema do direito acionário de “uma-ação-um-voto”, permitiu a criação das ações preferenciais (sem direito a voto):

A típica sociedade anônima brasileira do século XX caracteriza-se por um controle muito concentrado nas mãos de famílias proprietárias ou do Estado; uma separação entre direitos de participação econômica e de voto; por meio de ações sem direito a voto ou de estruturas piramidais; e uma valorização muito baixa dos interesses dos minoritários. Se as ações preferenciais sem direito a voto, em particular, tornar-se-iam onipresentes no Brasil durante a maior parte do século XX, esses títulos eram praticamente desconhecidos no Brasil antes de 1932. Como a Lei das S.A. de 1891 não continha nenhuma disposição acerca da admissibilidade das diferentes classes de ações, os juristas continuaram a debater se as ações preferenciais eram ou não permitidas no Brasil. O primeiro projeto legislativo brasileiro a permitir a criação das ações preferenciais data de 1903, o mesmo ano da lei francesa que autorizava de modo expresse a sua emissão. E efetiva mudança legislativa, porém, só ocorreria nos anos 1930, quando a Associação Comercial do Rio de Janeiro, a federação das Associações Comerciais do Brasil e a Associação de Bancos do Rio de Janeiro apresentaram ao governo um projeto de lei para a criação de ações preferenciais – o qual, após modificações pontuais, foi finalmente transformado em lei (PARGENDLER, 2013, p. 100).

Tais ações preferenciais (que, ao não observar o esquema de “uma-ação-um-voto”, permitiam a captação de recursos sem maiores interferências na gestão empresarial) atendiam às necessidades dessas intervenções estatais nesse período já que tanto garantiam o aporte financeiro externo a essas empresas estatais como também permitiam que o poder de controle dessas empresas não saísse da esfera governamental:

Tal como as sociedades anônimas sob controle familiar, as empresas estatais fariam, posteriormente, o amplo uso das ações preferenciais sem direito a voto para obter financiamento acionário externo sem a necessidade de o governo abrir mão de controle absoluto dos assuntos societários (PARGENDLER, 2013, p. 175).

Mariana Pargendler aponta que essa intensa participação acionária no Estado brasileiro também teve influência na adoção, pela Lei das S/A atualmente vigente (Lei 6.404, de 15/12/1976, especialmente em seus arts. 116 e 117, §1º, “a”), de uma concepção

²¹ Exemplo disso seriam o aumento para 2/3 da participação estatal nas companhias ferroviárias a partir de 1929 e a criação das empresas de grande porte em que o Estado era o acionista controlador desde o início: Companhia Siderúrgica Nacional - CSN em 1941; da Companhia Vale do Rio Doce - CVRD em 1942; e da Petrobras em 1953. A criação dessas empresas encontrou importante fonte de financiamento no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE (criado pela Lei 1.628/52 como agência do governo federal) (PARGENDLER, 2013, p. 180).

institucionalista²² do interesse social (PARGENDLER, 2013, p. 194). Tal concepção tornava possível se afirmar que a sociedade anônima poderia perseguir um objetivo de natureza pública (como no caso das sociedades de economia mista):

Para os nossos fins, basta dizermos que parece haver uma correlação interessante entre a presença de propriedade estatal (e das sociedades de economia mista em particular) e a adoção de concepções institucionais mais fortes da sociedade anônima num dado sistema jurídico. É claro que a correlação não implica em causalidade. No entanto, é pelo menos plausível que os interesses do Estado-acionista possam ter desempenhado algum papel no apoio a uma concepção institucional da sociedade anônima nos países onde um número significativo das sociedades de economia mista é regido por leis societárias gerais. Como as sociedades de economia mista não raro perseguem objetivos públicos diversos do lucro, uma abordagem institucional da finalidade societária é mais palatável para os interesses do Estado como acionista controlador sob um regime unitário de Direito Societário (PARGENDLER, 2013, p. 196).

Além dessas influências no direito societário, foi o chamado direito administrativo desenvolvimentista que melhor viabilizou esse intervencionismo estatal do período.

1.2.1 Direito Administrativo Desenvolvimentista e o Poder de Polícia Administrativa

As construções do direito administrativo ligado a esse “velho” desenvolvimentismo (construções, portanto, relacionadas à criação de novas instituições e políticas voltadas ao aumento da produção industrial e de incentivo ao mercado interno nacional), originaram-se nesse período do primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945) e foram predominantes até a década de 1990.

Nesse sentido, Castro (2013) observa:

Isso tudo significou que os governos brasileiros, da década de 1930 até a década de 1990, estavam aptos a invocar a expertise dos juristas brasileiros para planejar e implementar políticas ‘desenvolvimentistas’, ou seja, mais aquelas políticas defendidas pelo grupo de economistas desenvolvimentistas do que aquelas outras defendidas por economistas ‘liberais’ ou ‘socialistas’, as quais, para serem implementadas, demandariam um conjunto diferente de doutrinas jurídicas (CASTRO, 2013, p. 29).

Esse direito administrativo estava diretamente ligado às necessidades desse modelo de desenvolvimento, resultando em uma combinação das formulações do direito administrativo francês (típicas do liberalismo clássico do período de 1824-1930 (CASTRO,

²² Sobre as concepções contratualista e institucionalista do interesse social, vide a parte final do item 2.2 – Modelo da Empresa Societária (Direito das Sociedades Comerciais).

2013, p. 10), com algumas influências de origem alemã e do *common law* norte-americano (CASTRO, 2013, p. 20).

Além da concepção teleológica (ou finalista) do direito administrativo (em linha com a concepção de *law as means to an end* da “turma do social”²³), destacam-se, entre os conceitos desse direito administrativo desenvolvimentista, os de serviço público (*service public*), contratos administrativos (especialmente o de concessão), desvio de poder (*détournement de pouvoir*), regime de direito administrativo e supremacia do interesse público²⁴ (CASTRO, 2013, p. 20).

É nesse contexto de formulações do direito administrativo desenvolvimentista que se encontra a doutrina do poder de polícia. Apesar de ser uma noção corrente no direito administrativo desde o período do liberalismo clássico (1824-1930), ela assumiu um sentido mais amplo e profundo durante esse período do velho desenvolvimentismo (1930-1990).

Se anteriormente o caráter negativo (absenteísmo) dessa noção de poder de polícia estava ligado unicamente à preservação do exercício, por outros particulares, de uma mesma atividade de cunho econômico²⁵, e se, num primeiro período, tal poder de polícia era matizado pela doutrina do excesso de poder (CASTRO, 2013), já durante o velho desenvolvimentismo do período de 1930-1990 houve ampliação desse seu sentido.

O poder de polícia englobaria não só esse caráter negativo, mas também um positivo, de atingimento de determinados fins de natureza pública, o que seria feito por meio de uma intervenção estatal direta não só em atividades de cunho econômico (produção, distribuição e consumo de bens), mas em outros aspectos da vida social, como na educação e saúde pública, por exemplo (CASTRO, 2013, p. 20, 21 e 27, nota 80).

Por isso, mesmo o absenteísmo característico do conceito clássico de poder de polícia (MARTINS, 2008, p. 82; MIRAGEM, 2013, p. 147) acaba por assumir conotações bem diversas: enquanto que no liberalismo clássico (1824-1930) ela estava imersa no contexto de “uma visão econômica de um laissez-faire fisiocrata” (CASTRO, 2013, p. 22), já

²³ Vide item 1.2, A Segunda Globalização e a Fase do Velho Desenvolvimentismo do Direito Administrativo Brasileiro (1930-1990).

²⁴ “Em suma, ao elaborar as doutrinas e a visão geral do direito acima delineadas - o que incluía a visão instrumental do direito, a doutrina do ‘desvio de poder’, a doutrina do ‘serviço público’ conjugada com a dos contratos administrativos (especialmente o contrato de concessão) e a doutrina do ‘regime de direito administrativo’ - os administrativistas no Brasil foram capazes de usar sua expertise jurídica na tarefa de elaborar importantes canais institucionais através dos quais as conexões entre política econômica e ação econômica, nos setores públicos e privados, puderam ser construídos e organizados muito detalhadamente” (CASTRO, 2013, p. 29).

²⁵ Vide item 1.1, A Primeira Globalização, a Fase do Liberalismo Clássico do Direito Brasileiro (1850-1930) e a Doutrina Clássica do Poder de Polícia.

no velho desenvolvimentismo (1930-1990) essa mesma postura absenteísta já pressupunha contexto completamente diverso, de uma *visão instrumental da lei em relação à política econômica*, em que mesmo a atuação administrativa se coloca como a concretização de disposições legais para atingir fins relativos à segurança, saúde, educação, economia e moralidade (CASTRO, 2013, p. 21).

Daí também que esse *poder de polícia* da era liberal, que tinha *cunho meramente administrativo*, passe a ter, sob o velho desenvolvimentismo, *caráter administrativo e legislativo*, pressupondo a aplicação e estabelecimento dessas políticas de promoção da industrialização e consumo interno. De um período de respeito estrito à propriedade privada dos latifundiários produtores de *commodities* destinadas à exportação (período monárquico e da República Velha), passou-se ao período do planejamento de políticas industrializantes a partir da era varguista, e é justamente esse planejamento é que fundamenta as restrições legislativas e/ou administrativas desse novo poder de polícia.

Ressalte-se que, nesse contexto do velho desenvolvimentismo, a prestação direta de determinadas atividades, pelo poder público, organizou-se sob a noção de serviço público (CASTRO, 2013, p. 26; MIRAGEM, 2013, p. 147; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 19).

Essa mutação do conteúdo do poder de polícia, assim, pode encontrar paralelo na passagem do modelo do liberalismo clássico para o modelo do liberalismo tardio (CASTRO, 2006, p. 44), ou seja, de um modelo constitucional que primava pelo reconhecimento de uma postura mais negativista do Estado (direito individuais liberais clássicos de abstenção) para uma postura mais positiva de implementação de políticas tendentes à concretização de direitos sociais. Esses modelos constitucionais, no Brasil, corresponderam respectivamente ao período monárquico (1822-1889) e ao da República Velha (1889-1930) e ao período a partir de governo Vargas (1930) até as reformas liberalizantes dos anos 1990 (CASTRO, 2006, p. 53).

Esclarecido esse contexto histórico, pode-se colocar que essa noção de poder de polícia (ou polícia administrativa), do velho desenvolvimentismo, teria por fim de delimitar (ou conformar) o conteúdo de alguns direitos relativos à liberdade e à propriedade, ainda não completamente delineados em lei.

Exemplo clássico disso é a formulação de Bandeira de Mello (MELLO, 2002, p. 694), que ressalta a intervenção da Administração para, em tais casos, proceder à conformação de sua área de manifestação legítima, a “fisionomia normativa dele” (MELLO, 2002, p. 693), ou seja, do âmbito do exercício dessa liberdade e dessa propriedade que sejam protegidos pelo ordenamento jurídico:

Por vezes, os direitos individuais encontram-se já plena e rigorosamente delineados em lei; outras vezes, dentro dos limites legais, incumbe à Administração Pública reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha sido dado.

Também nestas últimas hipóteses, a Administração não restringe nem limita o âmbito de tais direitos. Unicamente, acedendo, como de seu dever, à vontade geral, procede, concretamente, à identificação de seus confins ou lhes condiciona o exercício, promovendo, por ato próprio, sua compatibilização com o bem-estar social, no que reconhece, *in casu*, as fronteiras legítimas de suas expressões.

Casos há, observa D'Alessio, em que a limitação prevista na lei é absoluta e inderrogável pela Administração; mas noutros é relativa, podendo ser removida mediante autorização.

Realmente, por vezes, a efetiva e concreta aplicação da limitação, previstas em lei – modeladora da esfera jurídica da liberdade e da propriedade – é remetida à apreciação da Administração Pública, que a determina segundo as circunstâncias, cabendo-lhe uma avaliação discricionária. Este é o campo especialmente interessante para o Direito Administrativo (MELLO, 2002, p. 694).

Tais situações é que estariam abrangidas pela “equívoca expressão ‘poder de polícia’” (MELLO, 2002, p. 696). Apesar de defender a manutenção da expressão, ressalta que esta deveria ter o sentido mais amplo de “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”. Essa expressão é aquela adotada por Luís Manuel Fonseca Pires (2006, p. 335 e 339).

Por isso, Mello (2002, p. 697) ressalta que o termo poder de polícia deveria ser tomado em dois sentidos: a) em sentido amplo (poder de polícia *latu sensu*), abrangendo tanto as leis condicionantes da liberdade e propriedade (*atividade legislativa*) quanto os atos administrativos que os concretizam (*atividade administrativa*) e b) em sentido estrito (poder de polícia *strictu sensu* ou polícia administrativa), abarcando somente os atos administrativos (*atividade administrativa*) relativos à delimitação de tais direitos de liberdade e propriedade.

Essa mesma distinção é aquela adotada por Heraldo Vitta (2010, p. 20). Nesse ponto, correta a ponderação de Ricardo Marcondes Martins ao colocar que, apesar de comumente estudado pelos administrativistas, essa noção de poder de polícia “*latu sensu*” também se referiria a tema da natureza eminentemente constitucional (função legislativa) (MARTINS, 2008, p. 68).

Com o fim de distinguir o poder de polícia de outros setores de atividade administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 699) ressalta que essa atividade da polícia administrativa decorre da *supremacia geral* da Administração, ou seja, da supremacia da lei em geral, concretizada através de atos administrativos.

Tal distinção é feita para contrapor o poder de polícia às chamadas *relações especiais de sujeição* (ou de supremacia especial), quando a relação entre a Administração e os destinatários decorre de uma específica situação (servidores públicos, alunos de instituição

pública de ensino, etc.) na qual se mostraria possível um espectro maior de poderes da Administração além daquelas previstos em lei.

Bandeira de Mello (2002, p. 703) esclarece também que ela não se confundiria com os serviços públicos (prestações positivas, de utilidades ou comodidades aos cidadãos), eis que a polícia administrativa (poder de polícia *strictu sensu*) só almejaria uma abstenção dos particulares.

Feitas essas contextualizações e ressalvas, C.A. Bandeira de Mello assim delimita essa atividade da polícia administrativa (poder de polícia *strictu sensu*):

[...] atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes o comportamento aos interesses sociais consagrados no sistema normativo (MELLO, 2002, p. 712).

Como já explicitado, Bandeira de Mello (2002, p. 712) vincula o caráter negativo do poder de polícia não a um mero respeito às leis do livre mercado, mas sim a uma conformação desses comportamentos particulares “[...] aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”, os quais, por sua vez, estavam vinculados a determinados valores:

Resumidamente, pode-se dizer que a polícia administrativa propõe-se a salvaguardar os seguintes valores: a) de segurança pública; b) de ordem pública; c) de tranquilidade pública; d) de higiene e saúde públicas; e) estéticos e artísticos; f) históricos e paisagísticos; g) riquezas naturais; h) moralidade pública; i) economia popular (MELLO, 2002, p. 719).

Esclarece, ainda, que esse poder de polícia seria apenas uma das três modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico: a) *pelo poder de polícia*, através de leis e atos administrativos que teria por fim “assegurar que a atuação dos particulares se mantenha consoante às exigências legais, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizadores, ora repressivos” (MELLO, 2002, p. 609), o que permitiria sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, isso por meio de fiscalização, incentivo e planejamento (indicativo para o setor privado e determinante pelo o setor público), conforme previsto pelo art. 174 da CF/88; b) *pelos incentivos à iniciativa privada*; e, c) *pela exploração direta* e excepcional de determinados setores (MELLO, 2002, p. 619).

Como dito, esse poder de polícia, do direito administrativo desenvolvimentista, pressuporia competências de *prévia autorização* de determinadas atividades – mediante licenças, autorizações e permissões, de *fiscalização* de seu exercício (indistintamente para as

atividades que demandam e aquelas que não demandam autorização), bem assim de *repressão* às condutas que desrespeitem esses padrões legalmente estabelecidos – mediante penalidades administrativas como multas, embargos e interdições (MELLO, 2002, p. 609).

Por fim, ressalta que essas prévias autorizações administrativas não prejudicam a liberdade de iniciativa e a livre concorrência como princípios constitucionais da atividade econômica (CF/88 art. 170) já que “o que a lei poder ressaltar é a desnecessidade de autorização para o exercício de certa atividade; nunca, porém, restringir a liberdade de empreendê-la e na medida em que desejada” (MELLO, 2002, p. 622).

A livre iniciativa e a livre concorrência constituiriam, assim, a regra geral do ordenamento, as quais só seriam excepcionadas nas hipóteses em que, em função de um *regime especial*, própria Constituição determinasse a exigência de prévia autorização para o exercício de determinada atividade econômica, como o fez relativamente às atividades financeira, de seguro e capitalização (CF/88 art. 192, I e II) e os empreendimentos privados no setor de educação (CF/88, art. 209, II):

É fundamental realçar-se – repita-se – que tais autorizações não dizem respeito, nem podem dizer respeito, aos aspectos econômicos do empreendimento, pois no que a isto concerne os agentes econômicos são livres. Têm assegurados pela Constituição seus direitos à liberdade de iniciativa, à liberdade de concorrência e à garantia de que o planejamento econômico que o Poder Público faça apresentar-se-lhes-á com caráter meramente indicativo, não podendo implicar sujeição ou cerceio algum à liberdade econômica que lhes é reconhecida pela Lei Magna. A não ser assim, o art. 170, o inciso IV do mesmo preceptivo e o art. 174 seriam palavras vãs, juridicamente inexistentes (MELLO, 2002, p. 624).

Esse mesmo posicionamento é aquele adotado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, além de também adota a distinção entre os sentidos amplo e estreito da noção de poder de polícia (DI PIETRO, 2003, p. 112), também insere as sujeições, inerentes ao poder de polícia, ao atendimento de razões de interesse público:

Pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança.

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária, etc. (DI PIETRO, 2003, p. 111).

As formulações acima bem servem à caracterização do poder de polícia no direito administrativo desenvolvimentista brasileiro. Esclareça-se que essa concepção de poder de polícia, juntamente com outras ligadas ao velho desenvolvimentismo, foram amplamente majoritárias no direito administrativo brasileiro até as reformas pró-mercado ocorridas entre 1990-2000. Como mais à frente se exporá, este ainda é um dos corpos de literatura até hoje identificados no direito administrativo brasileiro²⁶.

1.3 A terceira globalização e a fase das adaptações pragmáticas pró-mercado do direito administrativo brasileiro

As formulações da “turma do social”, que foram críticas ao pensamento jurídico clássico, por sua vez não deixaram de ser, elas mesmas, objeto de diversos ataques críticos.

Dentre os fatores expostos por Kennedy (2006, p. 60), merecem destaque as primeiras críticas, ainda na década de 1930, originadas tanto de setores liberais (que condenavam a associação, desse pensamento social, com o comunismo e com o fascismo) como de marxistas (que consideravam as medidas dele não como uma solução efetiva, mas como um simples curativo - *social as a mere bandaid*).

Mas as críticas definitivas vieram, na Europa e Estados Unidos, na década de 1960, em razão do descrédito generalizado com as alternativas políticas então em curso²⁷, o qual teria causado uma mudança cultural e política de natureza “sísmica” (KENNEDY, 2006, p. 62).

Tais críticas acabaram colaborando no surgimento de um “modo contemporâneo de pensamento jurídico”²⁸, objeto da terceira globalização exposta por Kennedy (2006, p. 22):

Entre 1945 e 2000, uma tendência era pensar a técnica jurídica, no bojo das críticas do pensamento jurídico clássico e da ‘turma do social’, como uma ponderação pragmática de considerações conflitantes para administrar o sistema criado pelos juristas sociais. Ao mesmo tempo, havia uma tendência aparentemente contrária de conceber o direito como garantidor tanto dos direitos humanos e de propriedade e como da ordem intergovernamental através da gradual da ‘*rule of law*’, entendida como a supremacia judiciária. Os mecanismos da globalização foram a vitória americana na II Guerra Mundial e na Guerra Fria, a ‘abertura’ dos Estados-nações

²⁶ Vide 1.3.1, As Diferentes Formulações no Direito Administrativo Brasileiro Pós-Reforma do Estado (1990-2000).

²⁷ Causada por diversos eventos como, por exemplo, a Guerra do Vietnã, relativamente aos Estados Unidos; a Primavera de Praga e invasão do Afeganistão, quanto à União Soviética; os abusos cometidos pelos movimentos de libertação dos países do terceiro mundo (como o Grande Salto Adiante e os Guardas Vermelhos na China) e dos movimentos radicais (grupos como os Panteras Negras, as Brigadas Vermelhas e o Baader-Meinhoff).

²⁸ Vide também Castro (2012, p. 206).

para essa nova consciência jurídica através da participação no mercado mundial segundo as condições estabelecidas pelas empresas multinacionais e pelos órgãos reguladores internacionais, e o prestígio da cultura norte-americana.

Uma marca distintiva desse período é a importância dada, pelas ordens jurídicas, às noções de direitos humanos e de identidade:

Direitos humanos exercem o mesmo papel para o pensamento jurídico contemporâneo que os 'direitos privados' [direitos individuais] exerceram para o pensamento jurídico clássico e que os 'direitos sociais' exerceram para a 'turma do social'. A identidade exerce o papel que o individual exerceu para o pensamento jurídico clássico e que as classes e as minorias nacionais tiveram para a 'turma do social'. O ideal contemporâneo é um regime jurídico que seja pluralista, não no sentido do pensamento jurídico clássico, que coordenava indivíduos atomizados através de normas abstratas universalmente válidas, nem no sentido da 'turma do social', que se preocupava em encontrar o direito 'vivo' e 'válido' das subcomunidades como um caminho para uma ideia de justiça distributiva. Mas sim no sentido de apropriadamente reconhecer e administrar a 'diferença' (KENNEDY, 2006, p. 63).

Esse modo contemporâneo seria caracterizado, no entanto, não só por uma crítica ao período anterior. Seriam característicos dele tanto não só uma crítica, mas também uma apropriação de elementos típicos da "turma do social" e do pensamento jurídico clássico:

O elemento-chave transformado do pensamento jurídico clássico foi o pensamento dedutivo em um sistema de direito positivo que se pressupõe coerente, ou 'neoformalismo'. Neoformalismo generalizou-se (mas parece ter se restrito principalmente) ao direito público, incluindo aí os direitos internacional, constitucional, criminal (não no direito administrativo) e de família. Pode ser de direita ou de esquerda. Em contraste a isso, a ciência jurídica típica do pensamento jurídico clássico era o direito das obrigações. O elemento-chave transformado da 'turma do social' era a análise de políticas públicas, mas agora baseada em 'considerações em conflito' (também chamadas de ponderação ou proporcionalidade). Ela produz regras que são mais compromissos ad hoc que normas ditadas por objetivos sociais, decorrentes de novos regimes jurídicos coerentemente adaptáveis. Esse modo pode ser de direita ou de esquerda e está presente em todos os lugares, às vezes, surpreendentemente, coexistindo com o neoformalismo (KENNEDY, 2006, p. 63).

Contrariamente à teoria da vontade individual (para o pensamento jurídico clássico) e a interdependência (para a "turma do social"), essa terceira globalização não possuiria uma ideia geral e abstrata que seria aplicável à organização jurídica da sociedade como um todo:

Hoje, por todo mundo, regimes jurídicos positivos de todas as áreas do direito são aqueles que emergem do confronto, na legislação e jurisprudência, entre o pensamento jurídico clássico e a 'turma do social', entendendo o direito mais como projetos de reforma que uma consciência jurídica. Há um substrato de regras positivas de direito contratual publicadas em toda parte, e uma superestrutura de regras positivas de direito do trabalho. Há múltiplas agências administrativas lidando com uma série de áreas socialmente problemáticas, em todos os lugares; e em todos

os lugares há o direito do livre-mercado (ele mesmo mais ou menos internamente ‘socializado’) predominando abaixo, entre e por meio de regimes de regulação. O que não há é um novo modo de conceber a organização jurídica da sociedade, uma nova concepção no mesmo grau de abstração do pensamento jurídico clássico ou da ‘turma do social’ (KENNEDY, 2006, p. 63).

Até pela falta dessa ideia geral e integradora (como ocorrido nos dois períodos anteriores), o modo contemporâneo de pensamento jurídico trabalha com aquilo que D. Kennedy se refere como sendo os diversos “projetos de reconstrução”:

A consciência jurídica contemporânea acolhe uma pletera de projetos de reconstrução normativa, estruturados para transcender a oposição entre o pensamento jurídico tradicional e a ‘turma do social’ e, assim, restaurar a Razão como regente do direito. Ela também acolhe uma pletera de metodologias através das quais os teóricos jurídicos tentam alcançar um entendimento distanciado da relação entre o direito e outros domínios. No lugar (ou ao lado) de projetos normativos do pensamento jurídico clássico ou da ‘turma do social’ – utilitarismo, direitos naturais, darwinismo social, direito natural católico, marxismo, pragmatismo, Comtismo e outros – nós temos o Legal Process, a teoria liberal de direitos (com frequência estranhamente combinada com jurisprudência analítica), análise de eficiência, republicanismo, comunitarismo, neopragmatismo jurídico, teoria jurídica feminista, teoria crítica da raça. E isso só na matriz dos Estados Unidos. Não há mais hoje um projeto dominante de reconstrução como era a filosofia do direito dominante no final do século XIX ou entre as duas Guerras Mundiais (KENNEDY, 2006, p. 71).

Cumpra aqui fazer *duas observações*, sobre esse modo contemporâneo de pensamento jurídico, que possuem repercussões mais diretas com o objeto da presente pesquisa.

A primeira delas diz respeito à incorporação, pelo pensamento jurídico, dessa *análise de políticas públicas* (ainda que conjugada com esse neoformalismo).

Essa combinação entre o neoformalismo e a análise de políticas públicas, característicos do modo contemporâneo do pensar jurídico, teria permitido o florescimento de uma determinada vertente no pensamento jurídico contemporâneo, a denominada Análise Econômica do Direito - AED (*Law and Economics*).

Tendo por início as formulações de R. Coase (*Nature of the Firm*, de 1937 e *The Problem of Social Cost*, de 1960), essa perspectiva dá primazia à chamada “análise custo-benefício”. A partir de considerações de ordem microeconômica, determinadas ações econômicas seriam justificáveis, apesar de particularmente prejudiciais a um determinado sujeito, caso elas pudessem trazer um incremento à riqueza do meio social como um todo:

Portanto, para Coase, havendo alguma ação econômica que cause malefícios a alguém, ela pode permanecer defensável sob o argumento de que os recursos ‘usados’ pela mesma ação devem passar a ser considerados como parte de seus

‘custos’ econômicos – sem que à ação seja atribuída qualquer conotação de ilicitude. Uma consequência disso é que as condutas percebidas por alguns como causadoras de inaceitáveis malefícios, e que podem ser caracterizadas juridicamente como ‘ofensa a um direito subjetivo’, passam a ser justificáveis economicamente. E, sendo aplicadas genericamente à análise jurídica, como defendem os adeptos da AED ao estilo de Chicago, as condutas vistas como injuriosas sob o prisma jurídico convencional passam a ser consideradas como juridicamente válidas, se forem economicamente justificáveis. O exemplo já referido deixa esse ponto claro: o trem que emite fagulhas ao trafegar sobre uma ferrovia passaria a ter, entre os ‘custos’ lícitos de sua operação, as florestas incendiadas.

De modo consoante com as ideias de Coase, o argumento de que certos ‘usos’, mesmo quando percebidos como maléficis, devem passar a ser tratados como custos ‘lícitos’, se (e apenas se) a ação econômica em questão contribuir para o aumento da riqueza existente na sociedade, tornou-se corrente também ao abrigo do entendimento de que decisões de autoridades públicas devem proceder por meio da ‘análise custo-benefício’ e têm motivado inúmeras iniciativas da área de regulação, inclusive a criação de metodologias de avaliação administrativa de políticas públicas, tais como a famosa (e controversa) Ordem Executiva n. 12291, adotada em 1981 pelo presidente Ronald Reagan (1911-2004), e a chamada ‘Análise de Impacto Regulatório’, propagada pela Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico e pelo Banco Mundial (CASTRO, 2012, p. 208).

Essa vertente do pensamento jurídico contemporâneo teve (e tem) especial influência nas formulações ligadas às reformas liberalizantes ocorridas na década de 1990, especialmente como a recepção da chamada “*doutrina jurídica da regulação*”, como adiante se verá²⁹.

A segunda observação, diretamente relacionada a presente pesquisa, diz respeito à chamada “fragmentação” do modo contemporâneo do pensamento jurídico.

Especialmente em se tratando de direito público, a combinação entre esse neoformalismo com a ponderação (proporcionalidade) teria representado uma “fragmentação” noção de direito como um sistema: “Existirão tantas ‘soluções’ quanto existem autoridades aplicadoras do direito” (KENNEDY, 2006, p. 67).

Marcus Faro de Castro se refere a esse fenômeno como “*perda da noção de sistema*” pelas ordens jurídicas, isto é, a extrema especialização decorrente da incorporação, pelo discurso jurídico contemporâneo, da análise de diversas políticas públicas (CASTRO, 2012, p. 204): “De fato, percepção do conjunto das políticas públicas projetadas em suas ‘formas’ jurídicas é de aguda fragmentação e incoerência normativa, abrangendo tendências conflitantes” (CASTRO, 2012, p. 205).

Em reação a essa “fragmentação”, Marcus Faro de Castro enumera algumas posturas teóricas sobre o direito, que atualmente tentam “[...] restaurar a imagem de que a análise jurídica deriva a sua credibilidade da robustez, coerência, e completude do conjunto de

²⁹ Vide item 1.3.1.1, Discurso Jurídico de Submissão à “Visão Neoclássica” da Sociedade, de Uso Intensivo de Categorias Econômico-Jurídicas e a Doutrina Jurídica da Regulação.

‘formas’ jurídicas, exibido como representação suficiente e objetiva do que a sociedade pode ser ou deve ser” (CASTRO, 2012, p. 211).

Uma dessas alternativas teóricas³⁰ para compensação da “perda de sistema” no modo contemporâneo do pensamento jurídico é a concepção que distingue entre regras (normas jurídicas que seriam mais fechadas e com resultados mais definidos) e princípios (que também são normas jurídicas, mas de caráter aberto e com resultados mais flexíveis). Essa distinção, inicialmente formulada por R. Dworkin (1931-2013), também ganhou uma versão alemã, formulada por R. Alexy (CASTRO, 2012, p. 211).

Especialmente essa última formulação de R. Alexy, sob a forma da chamada “teoria dos direitos fundamentais”, tem especial repercussão no direito brasileiro, inclusive na presente pesquisa, como também adiante se exporá³¹.

1.3.1 As diferentes formulações no Direito Administrativo brasileiro pós-Reforma do Estado (1990-2000)

Feita essa contextualização sobre o modo contemporâneo do pensamento jurídico, pode-se continuar na análise da evolução do direito administrativo brasileiro após a fase do velho desenvolvimentismo (1930-1960) e seus desdobramentos.

Durante o período de 1930-1960, o crescimento do PIB brasileiro se sustentou por meio das medidas típicas do velho desenvolvimentismo:

As tendências que se tornaram características do ‘velho desenvolvimentismo’ - incentivos à industrialização, urbanização, mobilização econômica mais profunda, expansão dos investimentos controlados pelo Estado, incluídos pela prestação dos ‘serviços públicos’, papel ativo dos bancos estatais e gerenciamento das finanças públicas para favorecer substituição de importações e atrair capital estrangeiro - foram suficientes para sustentar o crescimento (CASTRO, 2013, p. 31).

No entanto, com o final do período de estabilidade cambial inaugurado após a II Guerra Mundial (que estava sob a supervisão do FMI – Fundo Monetário Internacional, e cujo fim foi consumado com a quebra da política de paridade dólar-ouro do governo de R. Nixon em 1971), houve uma mudança substancial no ambiente externo.

³⁰ Outros exemplos de alternativas teóricas para se compensar essa “perda de sistema” do direito contemporâneo seriam as abordagens tomadas a partir da teoria social europeia, como as teoria sistêmica de N. Luhmann e a teoria da ação comunicativa de J. Habermas – vide Castro (2012, p. 213).

³¹ Vide item 1.3.1.3, Discurso Constitucionalizante do Direito Administrativo, Unidade do “*Jus Puniendi*” Estatal e Pessoaalidade das Penas Administrativas.

Sobretudo a partir década de 1980 foram priorizadas políticas de valorização do livre-mercado não só por países como Estados Unidos e Inglaterra, mas também por organismos multilaterais, como o próprio Fundo Monetário Internacional - FMI, o Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID (CASTRO, 2013, p. 32).

Tais reformas liberalizantes deram mais visibilidade às construções ligadas à já referida AED (*Law and Economics*). O emprego da análise custo-benefício, sobretudo com o fim de diminuir ou eliminar os chamados custos de transação, foram amplamente utilizados para fundamentar as medidas de política econômica nesse período (CASTRO, 2013, p. 35).

Relacionada à análise da AED, também ganhou corpo nessa fase o entendimento de que alguns tipos de instituições jurídicas (especialmente aquelas ligadas ao *common law*) seriam mais capazes de garantir os direitos dos investidores (e, assim, também se mostraria mais aptas a garantir desenvolvimento econômico). Essa literatura ficou conhecida como *legal origins* (ou *Law and Finance* ³²) e alguns dos seus argumentos foram adotados, como política para reformas institucionais, pelo Banco Mundial (CASTRO, 2013, p. 36).

Foi nesse ambiente externo que se deram as reformas institucionais no Brasil a partir da década de 1990.

Com a tônica geral de retirada aparato estatal do domínio econômico (conforme a orientação do até então prevalente velho desenvolvimentismo) é que se podem entender Emendas Constitucionais 5 a 9, de 1995 (relativas à retirada de tratamentos favorecidos à empresas de capital nacional em setores de relevância econômica como o de petróleo e gás natural, telecomunicações e aviação civil), as privatizações de diversas companhias estatais, a ênfase nos procedimentos legais e administrativos de defesa da concorrência e a criação, no período de 1996-2005, de várias agências reguladoras independentes, “criadas por lei para monitorar e envolver-se nas atividades de aplicação de regras administrativas em muitos setores da economia” (CASTRO, 2013, p. 34).

Também nesse contexto é que se podem entender as mudanças realizadas na década de 1990 nas leis societárias brasileiras:

³²A tese central da literatura de *Law and Finance* é a de que a origem das instituições jurídicas seria determinante para a proteção aos investidores e de desenvolvimento do mercado de capitais e que eles teriam níveis melhores nas instituições jurídicas ligadas ao *common law* se comparados àquelas das instituições filiadas à família romanista (especialmente em sua vertente francesa, como seriam em geral os países da América Latina – vide Laporta *et al.*, 1998). Tal perspectiva é típica do segundo momento do Direito e Desenvolvimento e está intimamente ligada às recomendações de reformas institucionais defendidas pelo FMI e pelo Banco Mundial, especialmente da década de 1990. Sobre a possibilidade de análise de arranjos institucionais sem uma vinculação às suas respectivas origens, vide Fabiani (2011, p. 454).

Se a influência dos interesses do Estado no desenvolvimentismo da Lei das S.A. de 1976 fora sutil, as reformas jurídicas subsequentes, implementadas com vistas ao processo de privatização, forneceriam um exemplo paradigmático da influência do Estado-acionista na modelagem do Direito Societário. De fato, aquela que se constitui possivelmente a pior reforma do Direito Societário da história brasileira, da perspectiva dos acionista minoritários, foi promovida pelo próprio governo federal, com a aquiescência das famílias controladoras. Se nos anos 1940 o Estado cuidou de seus interesses como acionista, isentando-se de normas restritivas de Direito Societário, desta vez o governo promoveu emendas às suas normas gerais, aplicáveis à todas as sociedades anônimas do País, com o objetivo de maximizar as suas receitas com o processo de privatização. Embora muitas características do processo de privatização sejam peculiares ao Estado na condição de vendedor, o mecanismo usado pelo Governo para obter os benefícios de controle – a apropriação de um prêmio de controle não disponível para os investidores minoritários – é familiar em transações do setor privado (PARGENDLER, 2013, p. 202).

As mudanças na LSA que foram realizadas pela Lei 9.457, de 05/05/1997³³, ao diminuir os direitos dos acionistas minoritários, permitiram que o Estado brasileiro realizasse os seus objetivos com o processo de privatização:

Antes da reforma, a Lei das S.A. brasileira conferia o direito de retirada aos acionistas minoritários dissidentes em caso de cisão e impunha uma exigência de oferta pública obrigatória (conhecida, no Brasil, como ‘tag along’) para as ações ordinárias de propriedade dos acionistas minoritários pelo mesmo preço pago ao bloco de controle numa transferência de controle. A nova Lei 9.457, de 1997, embora oficialmente destinada ‘a estimular o desenvolvimento do mercado de capitais no Brasil’, eliminou ambas as proteções. A remoção do direito de retirada permitiu que o governo executasse de maneira barata a sua estratégia planejada de desmembrar companhias subsidiárias antes de sua venda, evitando pagamentos em espécie a acionistas dissidentes e disputas judiciais quanto aos montantes devidos. A eliminação da exigência de oferta pública obrigatória, por sua vez, permitiu ao Estado apropriar-se da totalidade do prêmio de controle (PARGENDLER, 2013, p.205).

Outra mudança marcante, nesse período, foi o abandono do planejamento econômico que, sob o velho desenvolvimentismo, era pressupunha investimentos e participação direta estatal na economia. Já nesse período, ele foi “[...] sendo reduzido ao esforço em demonstrar uma maior transparência no processo orçamentário combinado com uma preocupação em atingir disciplina fiscal requerida por uma estabilidade macroeconômica” (CASTRO, 2013, p. 33).

³³ Mariana Pargendler expõe que tais mudanças legislativas atingiram efetivamente seu objetivo, mas às custas de sérios danos às estruturas institucionais do mercado de capitais brasileiro: “O estudo de Tatiana Nenova sobre o impacto da Lei 9.457 no nível de benefícios privados constata que o valor do controle aumentou mais do que o dobro após a promulgação da lei. Este aumento veloz no nível dos benefícios privados, por sua vez, diminuiu a confiança dos investidores, o que levou à uma redução acentuada no número de empresas cotadas no mercado brasileiro. O volume de negociação na Bolsa de Valores de São Paulo caiu mais de US\$ 191 milhões em 1997 para US\$ 65 milhões em 2001 e, entre 1995 e 2000, apenas oito companhias abriram ali seu capital” (PARGENDLER, 2013, p. 212). Os direitos dos acionistas minoritários foram logo restaurados (ainda que parcialmente) por normas específicas da Comissão de Valores Mobiliários (Instrução CVM 299/99) e pelas posteriores alterações na LSA promovidas pela Lei 10.303, de 31/10/2001 (PARGENDLER, 2013, p. 214).

Esse novo ambiente institucional acabou por se demonstrar, em diversos pontos, incompatível com o anterior direito administrativo ligado ao velho desenvolvimentismo do período de 1930-1960. Novas formulações, de fontes diferentes daquelas ligadas ao velho desenvolvimentismo, acabaram por ser incorporadas ao direito administrativo brasileiro.

Para a identificação dessas novas formulações no direito administrativo brasileiro após a década de 1990, será utilizada a análise realizada por Marcus Faro de Castro (2013, p. 39), que propõe a seguinte classificação: a) discurso jurídico ligado ao direito administrativo desenvolvimentista (*legal discourse close to developmentalist administrative law*); b) discurso jurídico de submissão do direito administrativo ao que o autor chama de “visão neoclássica” da sociedade e ligado ao uso intensivo de categorias econômico-jurídicas (*Intensive use of legal-economic categories. Radical subjection of administrative law to neoclassical view of society*); c) discurso “*de adaptação pragmática*” das categorias jurídicas tradicionais, com ênfase nas consequências da competição econômica global (*Tinkering discourse – stress on legal consequences of global competition*) e d) discurso constitucionalizante do direito administrativo (*Constitutionalizing argument about administrative law*).

Tal classificação serve não só para uma identificação mais precisa de grupos de formulações atualmente correntes no direito administrativo brasileiro. Eles também acabam por se refletir, em diferentes perspectivas, no próprio objeto da presente pesquisa (aplicabilidade, da personalidade das penas, às penalidades administrativas contra pessoas jurídicas no direito administrativo brasileiro).

Um exemplo disso já foi feito anteriormente no presente pesquisa. Quando da análise do direito administrativo ligado ao velho desenvolvimentismo (1930-1990), teve-se oportunidade de identificar, dentre as construções dogmáticas a ele ligadas, a noção (estendida) de poder de polícia³⁴. Por isso é que, especificamente quanto a ela, não mais se mostra necessária outra análise.

Quanto aos demais grupos de formulações dogmáticas, estas serão a seguir analisadas, isso feito com especial ênfase às relações com o objeto da presente pesquisa.

³⁴ Vide item 2.2.1, Direito Administrativo Desenvolvimentista e o Poder de Polícia Administrativa.

1.3.1.1 Discurso jurídico de submissão à “Visão Neoclássica” da sociedade e de uso intensivo de categorias econômico-jurídicas e a doutrina jurídica da regulação

Segundo a classificação proposta por Marcus Faro de Castro, o segundo conjunto de noções, hoje identificáveis no direito administrativo brasileiro, diria respeito ao denominado discurso jurídico de submissão do direito administrativo à visão neoclássica da sociedade e ligado ao uso intensivo de categorias econômico-legais.

Esse grupo de formulações vem comumente referido pela expressão teoria da regulação. No entanto, tendo em conta a especificidade com que ele ocorreu no Brasil da década de 1990, será adotada a expressão “doutrina jurídica da regulação”.

É nesse contexto de reformas pró-mercado que foi recepcionada, no Brasil, a chamada doutrina jurídica da regulação: “A expressão ‘regulação’ não é utilizada pelo direito administrativo brasileiro, antes do processo de desregulamentação da atividade econômica, decorrente da reforma dos anos 1990” (MIRAGEM, 2013, p. 59).

Essa mesma percepção, no sentido de que o termo “regulação” só tenha aparecido, nas formulações do direito administrativo brasileiro, com o seu atual significado, após as reformas liberalizantes da década de 1990, é assim exposta por Calixto Salomão Filho:

No sistema brasileiro jamais houve tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação. A razão para tanto é jurídica e simples. Trata-se da tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares. A prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado, através do poder de polícia, de outro, sempre representaram para os administrativistas a totalidade das funções de que o Estado poderia exercer. Em um mundo de dicotomia entre a esfera privada e a esfera estatal não haveria por que descrever da precisão dessa análise (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 19).

Nesse novo contexto, teria surgido a figura do “*Estado regulador*”, como superação tanto do “*Estado liberal*” (abstencionista) quanto do “*Estado social*” (intervencionista direto), e cuja atuação é assim caracterizada por Márcio Iorio Aranha:

Em uma primeira abordagem do significado de regulação, é esclarecedor que se faça um exercício comparativo que, embora simplificador de momentos históricos, divisa o aspecto regulador de outras opções de atuação estatal. Como oposição à opção histórica de proeminência da função reguladora estatal, tem-se, de um lado, o papel empreendedor ou prestador de serviços do Estado, ou também chamado de Estado provedor de bem-estar, interventor direto e executor. Trata-se, em outras palavras, do papel complementar ou substitutivo do Estado ao mercado como Estado concentrado na atuação social e empresarial, sem que isso signifique a inexistência de regulação. Esse tipo estatal é representado pelos termos Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*), Estado Providência (*État-providence*) ou Estado

Desenvolvimentista. Inteiramente distinto do Estado Providência, mais ainda oposto à proeminência da função reguladora estatal, tem-se, de outro lado, a centralidade do mercado como *mecanismo de alocação eficiente de recursos por excelência*. Em tal configuração estatal, ao mercado é dado o papel de coordenador das atividades econômicas e ao Estado, o papel de garantidor unicamente da propriedade e dos contratos essenciais ao bom funcionamento do mercado excluídas as funções de intervenção no plano econômico e social. Fala-se, nesse último caso, do Estado mínimo ou abstencionista, cujas funções reguladoras também presentes se ocupam da preservação da fronteira entre atuação estatal e as atividades econômicas.

Como diferencial dos dois modelos ideais de Estado liberal e de Estado Social, encontra-se o chamado Estado regulador, que se define pela proeminência não da interferência direta para a promoção do desenvolvimento econômico e social, nem mesmo da não-intervenção para a dinamização do mercado, mas pelo papel de coordenação, de gerenciamento, de controle, de intervenção indireta, ou sinteticamente, de regulação estatal, entendendo-se esta última como resultado da compreensão do Estado e do mercado não mais como entes estanques ou antípodas, mas como fenômenos interdependentes e essenciais à consolidação dos direitos fundamentais (ARANHA, 2013, p. 58 – os grifos são do original).

Marcio Iorio Aranha assim caracteriza as especificidades desse “Estado regulador”, em oposição ao “Estado liberal” e ao “Estado social”:

O Estado regulador, portanto, não é um Estado intervencionista, nem mesmo abstencionista, no sentido que se costuma atribuir às expressões, mas um Estado que, embora não promova diretamente o desenvolvimento econômico e social (Estado do Bem-Estar Social) nem opte pela entrega dessa função a um terceiro mediante desregulação do mercado (Estado mínimo), atua como “regulador e facilitador ou financiador a fundo perdido desse desenvolvimento”. O Estado regulador, portanto, é definido pelo caráter dirigente e gerencial de que se reveste a Administração Pública para conformação das atividades essenciais segundo ordens de promoção dos direitos fundamentais delas dependentes (ARANHA, 2013, p. 60).

Essa atuação do “Estado regulador” seria caracterizada, assim, por ações normativas e administrativas que, acompanhando de perto seus resultados e modulando a partir daí sua atuação, permitiriam uma influência e direcionamento do ambiente regulado:

A regulação, portanto, enquanto regime jurídico regulatório, apresenta-se como um conjunto de disposições normativas e administrativas caracterizadas por seu caráter conjuntural de influência ou controle sobre o ambiente regulado mediante batimento entre resultados esperados e resultados efetivamente alcançados. O mecanismo regulador presente na origem terminológica da regulação apresenta-se como um diferencial do regime jurídico regulatório, revelando-o como um conjunto de atuações normativas e administrativas capazes de interagir *pari passu* com os rumos efetivamente detectados no ambiente regulado para redirecioná-lo aos deveres normativos de concretização dos direitos fundamentais (ARANHA, 2013, p. 85).

O diferencial desse “Estado regulador” residiria, dessa maneira, em uma *análise conjunta das funções normativa e executiva dessa atuação estatal*.

A partir do reconhecimento da insuficiência da atuação normativa isoladamente considerada (como ocorreria no “Estado liberal” e no “Estado social”), no “Estado regulador”

partiu-se para uma análise conjunta entre as instâncias produtoras e aplicadoras dessas normas: “A composição das funções normativa e administrativa em um ambiente de acompanhamento e controle é, em síntese, o diferencial de autonomia dos ramos de estudos do direito regulatório” (ARANHA, 2013, p. 87).

Bruno Miragem ressalta que a recepção dessa doutrina jurídica da regulação, pelas formulações então predominantes no direito administrativo brasileiro, demandaria a “[...] adoção de fórmulas institucionais híbridas e a convivência de arcabouços institucionais mais antigos e novos órgãos” (MIRAGEM, 2013, p. 99). Tanto é assim que distingue as formulações dessa doutrina jurídica da regulação e aquelas referentes ao poder de polícia:

A distinção básica da regulação em relação às manifestações tradicionais do poder de polícia administrativa, mediante poder regulamentar e de fiscalização, diz respeito ao caráter promocional da atividade regulatória. Não se constitui, assim, a regulação em atividade meramente restritiva, senão que se dirige a estimular comportamentos dos agentes econômicos e dos demais particulares, no exercício da indução e/ou direção da atividade privada (MIRAGEM, 2013, p. 60).

As formulações dessa doutrina jurídica da regulação estariam alinhadas à “*imagem econômica*” do modo contemporâneo do pensamento jurídico, referidos na classificação de Kennedy (2006, p. 21).

De uma valorização do livre mercado (no pensamento jurídico clássico) e da procura de alternativas a ele (durante o período da “turma do social”), nesse modo contemporâneo do pensamento jurídico predominaria uma concepção de “mercado pragmaticamente regulado”, sem quaisquer das vinculações ideológicas dos dois períodos anteriores:

Uma teoria jurídica de caráter generalizante não serviria a seus propósitos se inviabilizasse sua adequação a tipos de regulação fundados em pressupostos de política pública distintos. Em outras palavras, não se pode propor uma *teoria jurídica da regulação* que esteja comprometida com ideais, sejam eles de competição ou de monopólio, se mercado ou de planificação estatal, mas como instrumento de reunião dos sucessos e fracassos das políticas públicas de fontes ideológicas distintas. A teoria jurídica da regulação serve como seara da discussão e de orientação a quem não se rende a argumentos unificadores e destruidores da diversidade de pontos de vista, que é característica do estudo científico (ARANHA, 2013, p. 89).

Sucedem que, no contexto em que foi recepcionada essa doutrina jurídica da regulação pelo direito administrativo brasileiro, não há como se deixar de notar a marcada influência nela exercida pelas análises de AED ou *Law and Economics* ³⁵.

³⁵ Vide item 1.3, A Terceira Globalização e a Fase das Adaptações Pragmáticas Pró-Mercado do Direito Administrativo Brasileiro. Marcio Iorio Aranha vai além na sua análise do direito regulatório ao expor as divisões entre os processos decisórios da regulação (teoria econômica da “*public choice*” e teoria jurídico-institucional (ARANHA, 2013, p. 25), ou ao distinguir entre regulação *regional* (considerando certa atividade

Afinada com o espírito dessas reformas liberalizantes da década de 1990, a doutrina jurídica da regulação que se popularizou no Brasil, a partir da década de 1990, propunha como uma de suas principais ferramentas a chamada análise custo-benefício das questões jurídicas (CASTRO, 2013, p. 35 e 37).

Tal modalidade da doutrina jurídica da regulação teve ampla influência no reconhecimento, nesse período, de que toda a atuação estatal na seara econômica deveria ser guiada na busca da eficiência (MIRAGEM, 2013, p. 60), a qual, inclusive, acabou sendo alçada a categoria de princípio constitucional (CASTRO, 2013, p. 44).

Seja por conta da influência do *Law and Economics*³⁶, seja por conta da influência também exercida pelo movimento do *Law and Finance*³⁷, pode-se afirmar que essa doutrina jurídica da regulação (recebida no Brasil só após as reformas liberalizantes da década de 1990), acabou sendo marcadamente influenciada por uma “visão econômica neoclássica” da sociedade:

Todas essas teorias, mobilizadas para dar fundamento às reformas pró-mercado, eram de alguma maneira tributárias de uma visão econômica (neoclássica) da sociedade. Esta visão, além de ignorar completamente a existência de instituições que não são de mercado, defendem que a existência de tais instituições só é justificada se elas forem organizadas para servir ou complementar os mercados. Muitas ideias contidas nessas teorias se infiltraram, em diferentes medidas, através de redes internacionais que afetaram o panorama geral de alguns administrativistas brasileiros, alguns dos quais eram, ou logo se tornaram, advogados dos investidores nos mercados recém-criados ou privatizados (CASTRO, 2013, p. 36).

Tal característica não passou despercebida de outros juristas³⁸, especialmente para aqueles ligados ao direito administrativo do velho desenvolvimentismo.

econômica em determinada região geográfica), regulação *geral* (considerada determinada atividade econômica independentemente de região geográfica ou setor produtivo) e regulação setorial (considerando a atividade econômica em determinado setor produtivo). Mas ele também reconhece que foi nessa última que os estudos de direito regulatório se popularizaram no Brasil: “A regulação setorial é, sem dúvida, a mais representativa, dos estudos de direito regulatório muito em virtude da coincidência de sua projeção em conjunto com as reformas estruturais do Estado brasileiro de meados da década de 1990” (ARANHA, 2013, p. 99).

³⁶ Vide item 1.3, A Terceira Globalização e a Fase das Adaptações Pragmáticas Pró-Mercado do Direito Administrativo Brasileiro.

³⁷ Vide item 1.3.1, As Diferentes Formulações no Direito Administrativo Brasileiro Pós-Reforma do Estado (1990-2008).

³⁸ Essa específica maneira em que foi recebida a regulação no Brasil foi assim caracterizada por Diogo Coutinho (2014, p. 39): “Regulação é, nesse contexto, um termo que tem designado entre nós uma forma de atuação do Estado identificada com o período neoliberal de abertura e privatização de atividades econômicas. Assim, no Brasil, regulação remete ao modo como passou o Estado a comportar-se perante o âmbito privado, quando, a partir de 1995, começaram a ser privatizadas as empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Regular passou a ser um verbo cujo emprego se disseminou em detrimento de outros: produzir ou prestar serviços

A seguinte passagem de Ricardo Marcondes Martins serve para demonstrar não só as repercussões desse momento histórico sobre as tradicionais formulações do poder de polícia. Também são um exemplo da maneira como alguns administrativistas, ligados às formulações e estruturas do velho desenvolvimentismo, receberam essas novas formulações ligadas a essa doutrina jurídica da regulação no Brasil:

Reconhece-se: regulação e poder de polícia são termos equivalentes, a diferença é muito sutil. O Estado de Polícia era indiferente ao bem-estar social; a atuação do Estado limitava-se a manter a ordem. O Estado de Bem-Estar Social tem razão de ser o bem-estar social. Reduzir o Estado de Bem-Estar Social ao Estado de Polícia, efetuar um tamanho retrocesso, exige certos cuidados. Os defensores dessa retrogradação não podiam assumir ostensivamente suas reais intenções; não podiam simplesmente clamar pela volta do Estado de Polícia, não podiam confessar seu desprezo pelo bem-estar social. Daí a sutil substituição: ao invés de polícia, a regulação. O Estado Regulador não se preocupa apenas com a manutenção da ordem, com o regular funcionamento do mercado, mas com o bem-estar social e, por isso, precisa impor comportamentos ativos, obrigações de fazer e de suportar, aos particulares. A proposta é ingênua ou cínica: é evidente que se o Estado é inapto para prestar serviços públicos, também é inapto para regular e garantir o bem-estar social pela mera atuação indireta. Na verdade, a proposta, em termos reais, é um mero retorno ao Estado de Polícia, pois, no fundo, os defensores da teoria da regulação, nada ingênuos, comprometidos com o neoliberalismo, não se importam com a concretização de direitos sociais; tudo gira em torno do lucro, da eficiência do mercado...

Conforme enfatizado há pouco, não há como o intérprete abstrair totalmente sua própria ideologia, ele compreende por meio de valores, de sua concepção de mundo. Isso não significa que o intérprete está autorizado a desprezar a clara ideologia do objeto interpretado. Relembre-se: o intérprete deve reconhecer os seus valores para identificar os valores alheios, ou seja, deve procurar a ideologia do ordenamento. A teoria da regulação é incompatível com a ideologia da Constituição brasileira e essa incompatibilidade é manifesta. Quem defende a regulação no Brasil incide, do ponto de vista científico, em erro grosseiro. Em dezenas de dispositivos a Constituição de 1988 atribui ao Estado brasileiro o papel de prestador de serviços, ou melhor, de participante ativo na concretização de direitos sociais.

Em homenagem a seus defensores, muitos deles de indiscutível capacidade intelectual, pressupõe-se que essa defesa não é feita em termos científicos, mas em termos advocatórios: a teoria da regulação é propaganda no exercício da advocacia de empresas multinacionais, interessadas nos lucros proporcionados pela exploração de atividades estatais. Tudo que no Brasil foi escrito sobre a teoria da regulação, em termos científicos, deve ser desprezado: trata-se de mero exercício de advocacia. Daí a primeira conclusão deste estudo: a teoria da regulação é imprestável para substituir a teoria do poder de polícia (MARTINS, 2008, p. 72).

Essa influência das reformas liberalizantes não ficou restrita, no entanto, a essa modalidade da doutrina jurídica da regulação, como adiante se verá.

diretamente. É nesse sentido frequente que se emprega a formulação vaga de que o Estado passou de uma posição de produtor (ou prestador de bens ou serviços) para outra: a de regulador de atividades econômicas.”

1.3.1.2 *Direito administrativo de “adaptação pragmática” das categorias tradicionais e direito administrativo ordenador*

Ainda segundo a análise proposta por Marcus Faro de Castro, entre essas duas polaridades maiores (velho desenvolvimentismo e reformas liberalizantes) atualmente existentes no direito administrativo brasileiro, orbitariam ainda dois outros grupos de ideias e doutrinas: um discurso “de adaptação pragmática” das categorias jurídicas tradicionais, com ênfase nas consequências da competição econômica global (*Tinkering discourse – stress on legal consequences of global competition*), e outro discurso constitucionalizante do direito administrativo (*Constitutionalizing argument about administrative law*) (CASTRO, 2013, p.39).

No chamado discurso de “*adaptação pragmática*” das categorias jurídicas tradicionais (*tinkering discourse*) estariam os autores que

[...] elaboram adaptações do direito do velho desenvolvimentismo de modo a construir novas ideias jurídicas ao modificar as antigas, enquanto elas são apresentadas como representações intelectuais inevitáveis de uma realidade emergente que é guiada pelas forças anônimas da competição internacional (CASTRO, 2013, p. 40).

Expõe, como exemplo desse “rearranjo” de categorias tradicionais do direito administrativos brasileiro depois das reformas liberalizantes das década de 1990, a noção de “serviço público sob regime de direito privado”, surgida após a privatização do setor de telecomunicações e com a edição da chamada Lei Geral das Telecomunicações (Lei Federal nº 9.427/97 (CASTRO, 2013, p. 42).

É nesse grupo de literatura da “*adaptação pragmática*” das categorias tradicionais é que se pode melhor divisar as mudanças ocorridas no conceito de polícia administrativa.

Como já exposto, de uma noção de *poder de polícia* no período do liberalismo clássico (1850-1930), ou seja, uma noção mais restrita, de natureza meramente administrativa e ligada à proteção dos grandes latifundiários produtores de *comoditties* destinadas à exportação³⁹, passou-se a uma noção estendida desse poder de polícia durante a fase do velho desenvolvimentismo (1930-1990) – noção de natureza administrativa e legislativa, ligadas às políticas de incentivo à industrialização e urbanização⁴⁰.

³⁹ Vide item 1.1, A Primeira Globalização, a Fase do Liberalismo Clássico do Direito Administrativo Brasileiro (1850-1930) e a Doutrina Clássica do Poder de Polícia.

⁴⁰ Vide item 1.2.1, Direito Administrativo Desenvolvimentista e o Poder de Polícia Administrativa.

Mas, no contexto dessas reformas liberalizantes, surgiram questionamentos sobre a adequação na manutenção dessa noção de poder de polícia. Prova disso é que Bandeira de Mello (2002, p. 696) e Heraldo Vitta (2010, p. 20), mesmo defendendo a sua manutenção, a ela atribuíram um sentido amplo e outro estrito⁴¹. Outros autores propugnaram o abandono dessa expressão, como Luís Manuel Fonseca Pires, que propôs a utilização do conceito de “limitações administrativas à liberdade e à propriedade” (PIRES, 2006, p. 335 e 339).

Dentre os defensores do abandono da noção de poder de polícia (mesmo na sua versão estendida do direito administrativo desenvolvimentista), merece destaque a formulação de Carlos Ari Sundfeld sobre a noção de “*direito administrativo ordenador*”.

Tendo em conta não só o timbre autoritário e a carga negativa da noção, Sundfeld (2003, p. 11) aponta insuficiência da categoria do “poder de polícia” para abarcar as crescentes funções estatais assumidas após modelo do liberalismo clássico (Estado Liberal ou Estado Mínimo):

A ideia de poder de polícia foi cunhada para um Estado Mínimo, desinteressado em interferir na economia, voltado sobretudo à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, criando condições para a convivência dos direitos. Daí haver-se definido o poder de polícia como imposição ao particular do dever de abstenção, de não fazer. Mas, modernamente, a interferência estatal se intensificou e mudou de qualidade, por conta da superação do liberalismo clássico. O Estado Social, mais do que pretender a harmonização dos direitos individuais, impõe projetos a serem implementados coletivamente: o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a proteção do meio ambiente, a preservação do patrimônio histórico. De atuação restrita ao campo microjurídico, o Estado avançou para o setor do macrojurídico (SUNDFELD, 2003, p. 14).

Apesar de expressamente referida no CTN (art. 78) e na CF/88 (art. 145, II), Sundfeld prefere abandonar de vez o conceito de poder de polícia: “Parece óbvio que o primeiro passo será enviar para o museu não só a expressão poder de polícia, como a noção que a recobre” (SUNDFELD, 2003, p. 15).

Procurando se desfazer do esquema doutrinário formulado pelo direito administrativo desenvolvimentista⁴², Sundfeld (2003, p. 15) acaba por propor “[...] uma sistematização ampla e nova de toda a atividade de regulação administrativa da vida privada”, isso feito a partir da doutrina alemã do *Ordnungsverwaltung* ou *ordnenden Verwaltung* (SUNDFELD, 2003, p.16).

Para tanto, propõe Sundfeld uma teoria geral a esse respeito, com a distinção de três grandes setores da ação administrativa: a) *administração de gestão*, concernente à função de

⁴¹ Idem.

⁴² Vide item 1.2.1, Direito Administrativo Desenvolvimentista e o Poder de Polícia Administrativa.

gerir, como sujeito ativo, certas atividades que lhe são reservadas (prestação de serviços públicos) e outras que também podem ser franqueadas aos particulares (serviços sociais, como saúde e educação); b) *administração fomentadora*, atinente à indução dos particulares, por intermédio de meios não-cogentes (estímulos e incentivos), à tomada de certos comportamentos (incentivos fiscais, bolsas de estudo e financiamentos); e, c) *administração ordenadora*, abrangente das operações estatais de regulação do setor privado, consistentes na aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados, com emprego do poder de autoridade.

A administração ordenadora é definida pelo citado autor como: “[...] a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio” (SUNDFELD, 2003, p. 20).

Ao distinguir esses modos de interferência da Administração no campo privado – isso seja pela emissão de estímulos dirigidos aos administrados para que esses adotem determinados comportamentos (*administração fomentadora*), seja pela assunção, em seu próprio nome, da prestação de certas atividades (*administração de gestão*), seja ainda pela organização dos comportamentos dos particulares, através de padrões de comportamento obrigatórios, decorrentes de seu poder de autoridade (*administração ordenadora*), Sundfeld (2003) destaca as denominadas *técnicas da administração ordenadora*, que abrangeriam as seguintes maneiras de intervenção administrativa na vida privada: a) *constituição de direitos privados por ato administrativo*, como a que ocorre quando se atribui um determinado “*status*” jurídico (personalidade jurídica ou cidadania) ou o direito de realizar uma atividade proibida no geral (porte de arma) ou reservada somente a um grupo limitado (atividade financeira ou intermediação no mercado de valores); b) *regulação administrativa do exercício dos direitos dos particulares*, definindo qual o âmbito lícito de seu exercício; c) *sacrifício de direitos*, atinentes unicamente aos direitos de propriedade, e concernentes a c.1) *extinção de direito* (sacrifício integral) e c.2) *restrição de direitos* (sacrifício temporário ou temporário).

Há de esclarecer que o próprio Sundfeld limita essa *técnica de sacrifício* de direito unicamente *aos direitos de propriedade*, expressamente excluindo de tal realidade os chamados *direitos de liberdade*, distinção essa relevante ao objeto do presente estudo, que tem inequívocas ligações com os princípios da liberdade de ofício e da livre iniciativa (CF/88, art. 5º, XIII e art. 170, *caput*):

Os direitos de liberdade (locomção, circulação, pensamento, expressão, associação, exercício de trabalho, ofício ou profissão, liberdade econômica, etc.) são insuscetíveis de sacrifício. Admitem, isso sim, supressão concreta, a título da

sanção, na hipótese e limites previstos na Constituição e nas leis (ex: prisão pela prática de crimes). A interferência estatal (legislativa e administrativa) em relação aos direitos de liberdade se resume à fixação do âmbito do lícito, é dizer, à determinação das condições em que devem ser adquiridos e exercidos pelos indivíduos. Qualquer ato estatal desbordante deste limite incidirá em inconstitucionalidade. Porém, em casos de decretação de estado de defesa e de estado de sítio, a liberdade é anormalmente restringida (isto é, parcial e temporariamente sacrificada), como preveem os artigos 136, parágrafo 1º, I e 139 da Constituição da República (SUNDFELD, 2003, p. 86, nota 1).

É no âmbito desta *regulação do exercício dos direitos* (item “b” “*supra*”) que Sundfeld (2003, p. 53) localiza os conceitos, já expostos, de *poder de polícia ou polícia administrativa* e na qual, ainda, o citado administrativista faz relevante distinção de duas óticas, correlatas entre si, dessa relação Administração-administrado: a) *condicionamentos administrativos*, relativos à figura do administrado e às seguintes situações subjetivas passivas dos titulares desses direitos: a.1) *limites do direito* (dever de não-fazer, de abstenção); a.2) *encargos de direito* (dever de fazer, positivos) e a.3) *sujeições* (dever de suportar); b) *competências administrativas*, atinentes à figura da Administração e abrangentes dos poderes de: b.1) *impor condicionamentos*; b.2) *fiscalizar o seu devido cumprimento*, permanentemente verificando a regularidade do exercício dos direitos pelos administrados; b.3) *reprimir a inobservância desses condicionamentos*, especialmente ao *sancionar* infrações administrativas e b.4) *de executar, coativamente, alguns de seus atos*, independentemente da intervenção do Poder Judiciário.

Para fins de localização do objeto da presente pesquisa, há que se ressaltar que, *dentre essas competências administrativas* (item “b” “*supra*”), *encontra-se o poder de a Administração reprimir as inobservâncias, pelo administrado, dos condicionamentos necessários ao exercício de seu direito* (item “b.3” “*supra*”), no qual se destacam os seguintes instrumentos: a) *ordem*, utilizada quando a Administração, verificado o descumprimento de certo condicionamento de direito, notifica o administrado determinando a correção da irregularidade; b) *medida cautelar, de natureza provisória e assecuratória*, utilizadas pela Administração com fim de determinar a imediata cessação de conduta do administrado que possa representar grave risco à vida, saúde ou segurança; c) *sanção*, utilizada pela Administração para reprimir determinada conduta do administrado que tenha implicado descumprimento de condicionamento de exercício de direito. Assim como aconteceu com as sanções penais, sua aplicação estaria vinculada a procedimento observante das garantias do administrado, comuns a imposição de qualquer medida decorrente do *jus puniendi* estatal e previstas no art. 5º da CF/88.

Além de já haver ressaltado a impossibilidade da técnica de sacrifício relativamente a direitos de liberdade, Sundfeld (2003, p. 86) ressalva a possibilidade de que a perda de direito decorra de uma sanção:

Por fim, os direitos podem ser suprimidos a título de sanção. São exemplos os confisco de glebas utilizadas para o cultivo de plantas psicotrópicas (CF, art. 243), a perda de direitos políticos de quem se recusa a cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa (CF, art. 5º, VIII e 15, IV), a cassação de licença de funcionamento de indústria química responsável por sucessivos acidentes ecológicos.

As sanções não impõem sacrifícios, conquanto possam implicar, como estes, perda de direito. A diminuição patrimonial gerada pela sanção é resultado de infração à ordem jurídica, de ato ilícito, em relação ao qual a penalidade se apresenta como consequência. Já os sacrifícios não são motivados por infrações, mas pelo interesse público ou social em impedir ou restringir o exercício de direito (caso da servidão de passagem de fios elétricos) ou em transferi-la ao Estado (caso de desapropriação de terreno para alargamento de rua). Justifica-se, assim, que o prejuízo patrimonial causado pela sanção não seja indenizável, ao contrário do gerado pelo sacrifício. (SUNDFELD, 2003, p. 88).

Tal concepção sobre os três setores da função administrativa (administração de gestão, fomentadora e ordenadora), organizadora dos modos de intervenção estatal na vida econômica, é aquela adotada por diversos administrativistas que tratam da atuação estatal na exploração de atividades econômicas, seja de modo geral, como por Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 82 e 92), seja especificamente na exploração de atividades concernentes ao sistema financeiro (bancário e mercado de capitais), como por Sidnei Turczyn (2007, p. 297) e por Otavio Yazbek (2007, p. 181)⁴³.

Mas essa formulação sobre a administração ordenadora não veio recebida como uma mera evolução dos conceitos de poder de polícia e de polícia administrativa. Também essa administração ordenadora veio justamente no seio das reformas liberalizantes da década de 1990, e intimamente ligada à já referida influência que a abordagem da AED (*Law and Economics*) teve sobre a doutrina jurídica da regulação⁴⁴.

Tendo em conta as fortes influências exercidas pela literatura ligada à AED nesse conceito de “direito administrativo ordenador”, pode-se afirmar que ele também seguiu a regra geral das formulações ligadas às reformas liberalizantes da década de 1990, ou seja,

⁴³ Esclareça-se que essa concepção de direito administrativo ordenador, assim como a de poder de polícia, também permite a imposição de penalidades administrativas. Apesar de inserido em uma noção mais ampla de atuação estatal na economia (que no Brasil veio recebida em meio às reformas liberalizantes da década de 1990) esse direito administrativo ordenador também possui construções jurídicas para estabelecer tanto condicionamentos administrativos aos particulares quanto seccionamentos contra o descumprimento destes, como se pode perceber das competências administrativas expostas por Sundfeld acima referidas.

⁴⁴ Vide item 1.3.1.1, Discurso Jurídico de Submissão à “Visão Neoclássica” da Sociedade e de Uso Intensivo de Categorias Econômico-Jurídicas e a Doutrina Jurídica da Regulação.

“[...] não mais a construção legal em si, mas acima de tudo as forças do mercado, reveladas pela análise (micro) econômica, é que deveriam apontar os caminhos para os resultados aceitáveis” (CASTRO, 2013, p. 37).

Essa marcada influência é a mesma encontrada nos administrativistas ligados a essa literatura da “adaptação pragmática” das categorias tradicionais (*tinkering discourse*) que, ao tempo que procuraram renovar o discurso jurídico do direito administrativo, fizeram-no também para viabilizar a implementação das reformas liberalizantes da década de 1990. Ou seja, tais mudanças dogmáticas no direito administrativo brasileiro se deram em preferência às vertentes de análise entre o direito e a economia (AED ou *Law and Economics* e, especificamente quanto ao mercado financeiro, a *Law and Finance*), que deram suporte à implementação de políticas econômicas liberalizantes em detrimento daquelas políticas e dos conceitos ligados ao direito administrativo do velho desenvolvimentismo⁴⁵.

Bem esclarecedora dessa tendência ao privilégio do elemento econômico é a seguinte explanação de justamente de Sundfeld (2000, p. 17):

Os economistas têm uma fascinante qualidade: sabem avaliar os problemas por equações e unidades mensuráveis, objetivas. Mas ponderar os transtornos e as facilidades em uma precisa relação de números é algo muito estranho para um homem de Direito. Somos peritos em contrapor valores de outra espécie, imateriais. Quando a Constituição diz que as pessoas têm direito à igualdade e, como advogados de uma empresa, reclamamos ao Estado do privilégio dado à concorrente, somos incapazes de transpor essa briga para um gráfico. É verdade que o símbolo da Justiça é uma deusa com uma balança, o que parece remeter à uma operação matemática ($X = Y$). Só que seus olhos estão vendados e, por isso, ela não vê os pratos se movendo, nem o peso que carregam: ela sente o movimento e, por esse meio, busca uma relação de equilíbrio, que nada tem de matemática.

Em nosso jeito um tanto excêntrico de ser (sem falar nos gestos formais e nos linguajar rebuscado) não é propriamente incompatível com a vida moderna; de resto, nela parece haver espaço para quase tudo. Mas, decerto, ela nos tira da linha de frente. É o raciocínio econômico que mais influi na escolha das novas políticas, nas medidas para enfrentar as crises, no planejamento estratégico do Estado (sem contar que são os jogos com a opinião pública e com a mídia que conduzem a atitudes governamentais mais cotidianas).

Pouco a pouco, os homens jurídicos nos acostumamos com os raciocínios econômicos. Por inspiração de estudos norte-americanos, difundiu-se a análise econômica do direito, que ganha espaço e adeptos. Em paralelo, o Estado aprofunda, modifica e sofisticava suas ações de regulação econômica, concebendo novos mecanismos e criando órgãos e instituições específicos. No Brasil não é diferente.

Apesar de ser possível a concepção da administração ordenadora como um ulterior desenvolvimento da noção de poder de polícia, há que se ter consciência de que a primeira (administração ordenadora) foi introduzida e se desenvolveu, no Brasil, em apoio às reformas

⁴⁵ “O discurso no Brasil sobre direito administrativo, portanto, mudou significativamente. Uma tendência por continuamente abalar importantes doutrinas do período desenvolvimentista – como se a antiga concepção de ‘serviço público’ fosse necessariamente articulada com a do ‘regime jurídico administrativo’ e com a de ‘supremacia do interesse público’ - tornou-se difundida” (CASTRO, 2013, p. 36).

liberalizantes da década de 1990, ou seja, com objetivos e pressupostos institucionais bem diferentes do segundo (poder de polícia), o qual era ligado às políticas do velho desenvolvimentismo da década de 1930-1990.

Essa vinculação entre as reformas liberalizantes da década de 1990 e o particular modo como foram recebidos, no Brasil, a doutrina jurídica da regulação e a administração ordenadora, é expressamente apontada por Ricardo Marcondes Martins que, para tanto, utiliza-se justamente da obra de Sundfeld:

A ordenação foi concebida por autores alemães e sistematizada na Espanha por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Hernández: *‘Fala-se agora como conceito geral para a atividade interventora da Administração de uma Ordnungsverwaltung ou ordnenden Verwaltung, isto é, Administração ordenadora, não no sentido de ordem pública, mas no genérico de ordenação das atividades privadas, conceito que se contrapõe a Leistungsverwaltung ou Leistenden Verwaltung, Administração prestacional, que realiza serviços ou prestações em favor dos administrados’* (**Curso de Derecho Administrativo**, 2002, v. II, p. 105, tradução nossa). No Brasil, coube a Carlos Ari Sundfeld a sistematização da Administração ordenadora (1997). Observa-se que esse grande administrativista sempre se inspirou na doutrina espanhola. Durante a primeira metade da década de noventa, tomava como base de seu pensamento a doutrina dos notáveis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Hernández – a obra **Direito Administrativo Ordenador** é dessa época. Na segunda metade da década de noventa, ele passou a tomar como base de seu pensamento a doutrina de Gaspar Ariño Ortiz (**Princípios de Derecho Público Económico**, 2001) – o artigo *Introdução às Agências Reguladoras*, citado neste trabalho, é dessa segunda fase. Essa resenha da obra de Sundfeld revela-se importante pelo seguinte: do ponto de vista ideológico, se a doutrina de García de Enterría e Tomás-Ramon Hernández é compatível com a Constituição brasileira de 1988, o mesmo não se pode dizer da doutrina de Gaspar Ariño Ortiz, comprometida com a ideologia neoliberal, defensora de um Estado absentista. Assim, enquanto a primeira permite um possível acolhimento, ou seja, admite um teste de compatibilidade com o ordenamento brasileiro, a segunda deve ser de plano afastada; ela sequer admite um teste de compatibilidade, pois à primeira vista já se apresenta incompatível. Do ponto de vista científico, a doutrina de Sundfeld deve ser dividida em duas fases: a primeira *científica*; a segunda, *advocatória*. A teoria da *ordenação* pertence à primeira, a teoria da *regulação*, à segunda (MARTINS, 2008, p. 82, nota de rodapé 33 – os grifos são do original).

Mas além desse discurso de adaptação pragmática de categorias jurídicas, é ainda possível se identificar uma outra espécie de discurso existente no atual direito administrativo brasileiro que também se encontra entre o velho desenvolvimentismo e as reformas liberalizantes e que possui especiais repercussões na presente pesquisa: o discurso constitucionalizante do direito administrativo.

1.3.1.3 Discurso constitucionalizante do direito administrativo, a unidade do “Jus Puniendi” estatal e pessoalidade das penas administrativas

O último dos quatro grupos de formulações, atualmente identificadas no direito administrativo brasileiro, diz respeito ao chamado discurso constitucionalizante do direito administrativo (*Constitutionalizing argument about administrative law*) (CASTRO, 2013, p. 39).

Como dito anteriormente, esse corpo literatura pode ser identificado como uma das reações à “perda de sistema”, típica do modo contemporâneo de pensamento jurídico, decorrente da “fragmentação” das ordens jurídicas⁴⁶.

Esse discurso constitucionalizante do direito administrativo brasileiro se insere no contexto da *distinção entre regras e princípios jurídicos*. A crescente valorização dos princípios jurídicos que ocorreu, após a II Guerra Mundial, em diversas ordens jurídicas nacionais foi tão clara a ponto de eles haverem se convertido, conforme a expressão de Paulo Bonavides (1997, p. 253), no “coração das Constituições”. Segundo ele, essa trajetória de crescente valorização dos princípios constitucionais pode ser assim sumariada:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a sua suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios (BONAVIDES, 1997, p. 265).

Particularmente no Brasil, tal entendimento mereceu ampla aceitação no bojo da chamada *teoria dos direitos fundamentais* que, na formulação paradigmática de Alexy (2011, p. 85), tem a teoria dos princípios como uma das “[...] colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.” Sinteticamente, esta distinção entre regras e princípios poderia ser feita da seguinte forma:

⁴⁶ Vide item 1.3, A Terceira Globalização e a Fase das Adaptações Pragmáticas Pró-Mercado do Direito Administrativo Brasileiro.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2011, p. 90).

Também há que se ressaltar, nessa concepção de Alexy sobre princípios jurídicos, a importância da *máxima da proporcionalidade*. Segundo ele, a própria natureza dos princípios como *mandados de otimização* implicaria a máxima da *proporcionalidade*, assim como esta implica naquela (ALEXY, 2011, p. 116). Preferindo a designação de “máxima da proporcionalidade” à de “princípio da proporcionalidade” (ALEXY, 2011, p. 117, nota 84), reitera que a proporcionalidade, em suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), decorre justamente dessa natureza dos princípios como mandados de otimização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas⁴⁷.

Ressalte-se que essa análise de Alexy sobre os princípios jurídicos, especialmente quanto à referência à máxima da proporcionalidade, denominada por Alec Stone Sweet e Jud Mathews como “*PA – proportionality analysis*” (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 1), acabou por se tornar um dos textos fundamentais do constitucionalismo pós II Guerra Mundial, com repercussões nos mais diversos ordenamentos judiciais (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 14).

Segundo eles, essa formulação sobre a proporcionalidade possui ampla utilização não só na Alemanha – onde tal concepção deita suas raízes (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 27), mas também em diversas outras ordens constitucionais nacionais (p. ex, Canadá, África do Sul e Israel) e em alguns regimes de Direito Internacional (Convenção Europeia de Direitos Humanos, Comunidade Europeia e Organização Internacional do Comércio), em um processo cuja expansão, segundo esses mesmos autores, deu-se de forma “viral” (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 63).

⁴⁷ A combinação do neoformalismo e da análise de políticas públicas, no modo contemporâneo do raciocínio jurídico (vide item 1.3, A Terceira Globalização e a Fase das Adaptações Pragmáticas Pró-Mercado do Direito Administrativo Brasileiro), tem na ponderação de valores e na proporcionalidade um dos seus exemplos mais claros e correntes. Merece destaque, a esse respeito, a aguda observação de Marcus Faro de Castro: “A análise jurídica de políticas públicas, por sua orientação geral de caráter consequencialista, procura, sem dúvida, promover a integração de interesses emergentes, mas não é possível saber ao certo se considera todos os interesses relevantes em cada caso, se efetivamente promove ao máximo todos os interesses emergentes que considera, e se o faz na dimensão ou grau que seria melhor ou mais justo” (CASTRO, 2012, p. 206).

Essa concepção sobre os princípios jurídicos e a proporcionalidade, no direito administrativo brasileiro, tem ampla aceitação, isso mesmo dentre aqueles autores ligados ao velho desenvolvimentismo (MELLO, 2002, p. 68; MARTINS, 2008, p. 75).

Apesar disso, Marcus Faro de Castro (2013, p. 42) destaca a utilização desse discurso constitucionalizante como mais uma ferramenta que foi utilizada para a implementação das reformas institucionais liberalizantes⁴⁸ no Brasil:

Administrativistas ligados ao discurso constitucionalizante, por sua vez, tendem a se engajar, talvez involuntariamente, na tarefa de amarrar o direito local à tendência mundial da ponderação segundo a proporcionalidade no campo do direito constitucional. Assim, enquanto adaptação do discurso antigo, os administrativistas brasileiros praticavam adaptações pragmáticas do discurso jurídico tradicional a nível local em favor de reformas pró-mercado (uma forma de ‘microajustes’), a literatura constitucionalizante adicionou a possibilidade de introduzir uma forma mais abrangente de adaptação pragmática, isto é, a ponderação segundo a proporcionalidade, que tem sido praticada por cortes constitucionais e internacionais

Especificamente quanto ao objeto da presente pesquisa, destaque-se que tal discurso constitucionalizante do direito administrativo também teve repercussões sobre a tradicional noção de poder de polícia. Tal influência pode ser localizada na noção de *unidade do regime jurídico punitivo estatal* – ou da unidade do *jus puniendi* estatal (OSÓRIO, 2009, p. 107; MELLO, 2007, p. 85; FERREIRA, 2001, p. 86).

Rafael Munhoz de Mello expõe, a partir de Canotilho (MELLO, 2007, p. 96), que o princípio constitucional do Estado de Direito e os subprincípios dele decorrentes (legalidade da Administração; segurança jurídica; proibição do excesso ou proporcionalidade; e proteção jurídica e das garantias processuais), formariam “[...] a base do regime jurídico punitivo, aplicado às manifestações do poder punitivo estatal” (MELLO, 2007, p. 101), seja pelo Poder Judiciário, seja pela administração pública como um todo.

Tal regime jurídico punitivo teria suas principais disposições nos direitos e garantias individuais do art. 5º da CF/88 que, apesar de se referirem a noções próprias de direito penal, também deveriam ser extensíveis às penalidades administrativas, naquilo denominado *direito administrativo sancionador*:

Ocorre que tais princípios do regime jurídico punitivo decorrem da opção constitucional por um Estado de Direito. São corolários do princípio do Estado de Direito, uma das ‘decisões políticas estruturais do Estado’ segundo Luís Roberto Barroso. Tratando-se de princípio constitucional fundamental, seus efeitos incidem sobre toda ordem jurídica – o que inclui o regime jurídico que disciplina a imposição

⁴⁸ Vide item 1.3.1, As Diferentes Formulações no Direito Administrativo brasileiro Pós-Reforma do Estado (1990-2000).

de sanções retributivas pela Administração Pública. Não se trata, portanto, de princípios de direito penal, mas sim de princípios que regem toda manifestação do poder punitivo estatal, seja penal, seja administrativa. Tampouco se trata de aplicar no campo do direito administrativo sancionador os princípios que são próprios do direito penal, mas apenas os que são comuns a ambos os ramos jurídicos, corolários da opção constitucional pelo Estado de Direito (MELLO, 2007, p. 104).

Fábio Medina Osório (2009, p. 119) defende que essa unidade do regime jurídico punitivo diria respeito unicamente aos direitos penal e administrativo. Para este autor, tal unidade se referiria os “núcleos duros” desse regime punitivo, o que não impediria a existência de diferenças entre os regimes específicos de cada um desses campos:

A regra, enfim, é a existência de diferenças, não de identidades entre os direitos penal e administrativo sancionador, como também no interior desses modelos se reproduz a mesma lógica das diferenciações intensas. Nesse ponto, cabe lembrar que a existência de diferenças, em grau acentuado, justifica a invocação de regimes jurídicos distintos para realidades distintas, mas não se pode ignorar a possibilidade dos chamados ‘núcleos duros’, aos quais determinadas realidades normativas devem reportar-se, aí residindo eventual sentido de uma perspectiva unitária ou hierarquizada (OSÓRIO, 2009, p. 126).

Apesar de rejeitar essa noção em termos inflexíveis⁴⁹, Fabio Medina Osório ainda assim advoga a procedência dessa unidade do *jus puniendi* estatal como reflexo de princípios constitucionais:

Do exposto, o que se percebe é que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, se bem que não se valham das mesmas técnicas, nem encontrem os mesmos regimes jurídicos, acabam adentrando núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito. O Direito Punitivo, assim, encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, embora também com pontos mínimos em comum e aqui talvez resida a confusão em torno do debate sobre Direito Público Punitivo. E é precisamente aqui que se deve compreender a unidade do Direito Sancionador: há cláusulas constitucionais que dominam tanto do Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral (OSÓRIO, 2009, p. 131).

Daniel Ferreira (2001, p. 190), por outro lado, também afirma que os regimes jurídicos específicos do direito penal e do direito administrativo não excluiriam um substrato comum, estabelecido constitucionalmente, aplicável a todas as sanções estatais:

⁴⁹ “[...] a tese da unidade do *jus puniendi* estatal, em patamares inflexíveis, é um resposta ideológica e jurídica à tese do poder de polícia, vale dizer, às correntes que vinculavam o poder administrativo sancionador ao poder de polícia, inclusive como um poder implícito” (OSÓRIO, 2009, p. 128).

Sintetizando: o regime jurídico aplicável ao delito é diferente do subsumível à infração, por expressa, reportabilidade às respectivas sanções: para o delito, o direito penal; para a infração, o direito administrativo sancionador. Entretanto, existem princípios que não são específicos do direito penal, mas que atinam a todo e qualquer ato restritivo de direitos (especialmente de natureza sancionadora), num Estado Constitucional contemporâneo.

Para Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 103), “[...] o regime jurídico punitivo de um Estado de Direito [...] tem por princípios a legalidade, a tipicidade, a irretroatividade, a culpabilidade, o *non bis in idem* e o devido processo legal.”

Como decorrência de um desses princípios constitucionais cogentes (princípio da culpabilidade), o autor acima referido rejeita a possibilidade de que uma infração administrativa possa ser cometida a título de responsabilidade objetiva, isso feito: a) seja a exigir que ela tenha sido cometida de modo a configurar a culpa ou o dolo (MELLO, 2007, p. 186; OSÓRIO, 2009, p. 355; VITTA, 2003, p. 43) ou; b) caso não tenha sido cometida de modo a suscitar a culpabilidade, que *ao menos exista voluntariedade*⁵⁰, isto é, que tenha sido causada pela livre vontade do infrator (o que excluiria hipóteses de coação absoluta, caso fortuito ou ações reflexas).

Pode-se depreender desse discurso sobre a unidade do “*jus puniendi*” estatal, que tais considerações são feitas como o pressuposto de que tais disposições se referem à atuação de pessoas naturais.

Quanto às pessoas jurídicas, essa exigência de culpabilidade (ou voluntariedade) para as infrações administrativas acabaria por ter que assumir feições específicas. Ela seria exigível diretamente da pessoa física que atua em nome do ente coletivo, isso porque só uma pessoa natural pode cometer a infração administrativa com responsabilidade subjetiva (MELLO, 2007, p. 209; VITTA, 2003, p. 51). Assim, tal exigência só seria possível mediante a *dissociação entre dever e responsabilidade* (FERREIRA, 2001, p. 191), a qual será objeto de análise específica posteriormente⁵¹.

Por fim, deve-se ressaltar as imediatas repercussões desse discurso constitucionalizante sobre a punibilidade de pessoas jurídicas na esfera administrativa (objeto da presente pesquisa).

A determinação contida no art. 5º, XLV, da CF/88, ao determinar que “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, é apontada como um “[...] desdobramento do

⁵⁰ “[...] nosso posicionamento é sempre no sentido de reconhecer a voluntariedade como elemento constitutivo do próprio ilícito, ou, melhor dizendo, com um seu requisito de existência. Onde inexistir espontaneidade na contraposição à ordem jurídica vigente não há que se falar em ilícito” (FERREIRA, 2001, p. 50).

⁵¹ Vide item 3.3, Modelo da Responsabilidade Objetiva da Pessoa Jurídica.

princípio da culpabilidade. Trata-se de um direito fundamental inerente ao devido processo legal punitivo” (OSÓRIO, 2009, p, 372).

Nesse mesmo sentido se posiciona Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 194):

O princípio da pessoalidade está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5º, LV, assegura que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado’. Não há no referido dispositivo constitucional qualquer elemento que indique estar sua aplicação restrita à esfera do direito penal, cabendo lembrar, ainda, que se trata de garantia constitucional individual, cuja interpretação deve ser a mais abrangente possível, por força do princípio da máxima efetividade. [...] Mas mesmo que nada dispusesse o texto constitucional, ainda assim teria aplicação no direito sancionador o princípio da pessoalidade da sanção, que nada mais é que um corolário lógico do princípio da culpabilidade. De fato, sendo aceito o princípio da culpabilidade em seu sentido mais evidente, que exige a atuação dolosa ou culposa como condição à imposição de sanção administrativa retributiva, não há como não aceitar a incidência do princípio da pessoalidade da sanção no direito administrativo sancionador. Se a sanção somente pode ser aplicada ao indivíduo que age com dolo ou com culpa, a terceiro que não contribuiu para a ocorrência da sanção – e, portanto, não agiu com dolo ou culpa – não pode ser imposta medida sancionadora. O terceiro que não participa da conduta típica é inocente, valendo relembrar a lição de José Cerezo Mir: ‘en su sentido más amplio, el término ‘culpabilidad’ se contrapone al de ‘inocencia’.

Apesar de se tratar de uma disposição tradicional nas constituições brasileiras⁵², o entendimento de que a personalidade das penas deveria ser observada também quanto às penas administrativas (inclusive para aquelas impostas às pessoas jurídicas) só efetivamente ganhou corpo após a CF/88, justamente por conta dessa concepção da unidade dos “*jus puniendi*” estatal⁵³.

⁵² Constituição de 1824, art. 179, XX; Constituição de 1891, art. 72, §19; Constituição de 1934, art. 113, §28; Constituição de 1946, art. 141, §30; Constituição de 1967, art. 150, §13 (*apud* PRADO, 2010, p. 131).

⁵³ Prova da extensão e da força com a que essa personalidade das penas vem sendo interpretada desde a CF/88 reside na constatação de que tal princípio vem sendo aplicado não só quanto às penalidades administrativas impostas a particulares, mas também em hipóteses de conflitos entre entes federativos. O próprio STF a entende como impositivo relativamente à inclusão de Estados-membros no CAUC – Cadastro Único de Convênios, em razão de inadimplementos de órgãos da administração indireta desses entes da federação: “O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. Em virtude desse princípio, as limitações jurídicas que derivam da inscrição, no CAUC, das autarquias, das empresas governamentais ou de entidades paraestatais não podem atingir os Estados-membros e o Distrito Federal, projetando, sobre estes, consequências jurídicas desfavoráveis e gravosas, pois o inadimplemento obrigacional – por revelar-se unicamente imputável aos entes menores integrantes da administração descentralizada – só pode a estes afetar” (AC 1.033-AgR-QO/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

1.3.2 As diferentes formulações no Direito Administrativo brasileiro pós-Reforma do Estado (1990-2000) e a personalidade das penas administrativas

Ao longo deste capítulo foram identificadas as construções jurídicas que veiculam a imposição de penalidades administrativas aos agentes econômicos no mercado financeiro brasileiro (poder de polícia e administração ordenadora) e também aquelas outras que determinam que essas penalidades administrativas devam respeitar às determinações contidas na CF/88 (unidade do *jus puniendi* estatal). Procurou-se ressaltar a historicidade dessas construções, as quais estão intimamente relacionadas a certas concepções de atuação estatal na economia.

Nos próximos capítulos serão discutidas as repercussões causadas por essa personalidade das penas administrativas quando aplicada relativamente às pessoas jurídicas: no capítulo 2 serão abordadas as repercussões sobre as estruturas normativas que pressupõem uma identidade entre empresa e sociedade; e no capítulo 3 serão enfocadas suas consequências sobre o modelo tradicionalmente previsto para determinação da responsabilidade desses entes coletivos.

2 AS ESTRUTURAS NORMATIVAS REFERENTES À IDENTIFICAÇÃO EMPRESA – SOCIEDADE E A CRISE DA NOÇÃO DE PESSOA JURÍDICA

No presente capítulo serão apresentadas as balizas necessárias para a compreensão do primeiro grupo de questionamentos suscitados pela aplicação da personalidade das penas, nos julgados do CRSFN. Conforme assinalado na Introdução desta dissertação, este primeiro grupo de questionamentos tem por objetivo explicitar as dificuldades inerentes à “aplicação de um direito positivo que pressupõe uma coincidência entre empresa (*elemento socioeconômico*) e sociedade (*elemento jurídico*), a uma realidade em que esses dois elementos frequentemente não são coincidentes.”

Para explicitar tais dificuldades, será útil remontar ao debate weberiano da existência de um direito racional (entendido como uma ordem jurídica previsível) como pré-requisito para o desenvolvimento de uma ordem capitalista. Ao discutir tal questão, Emerson Fabiani (2011, p. 38) se refere ao chamado “Problema da Inglaterra”⁵⁴, oportunidade em que acaba por ressaltar a noção de empresa – entendida como um ente com personalidade jurídica própria e independente da de seus membros – como uma das condições, segundo essa abordagem weberiana, para o desenvolvimento das instituições capitalistas no Ocidente:

Contudo, o consenso entre os estudiosos de Weber parece desaparecer quando buscam determinar quais características do direito garantem a construção dessa ordem jurídica previsível. Na leitura de Trubek, por exemplo, Weber faz a previsibilidade decorrer da racionalidade lógico-formal.

Como entende que o direito inglês é marcado por um grau reduzido de racionalidade lógico formal, Trubek afirma que a hipótese weberiana não dá conta de explicar o papel do direito justamente no país em que o capitalismo deu seu salto qualitativo. A Inglaterra, seria, assim, um caso desviante da sua teoria sobre a ascensão do capitalismo no Ocidente.

Swedberg discorda da leitura de Trubek e o acusa de igualar previsibilidade e racionalidade lógico-formal. Para ele, são três as pré-condições jurídicas apontadas por Weber para a ascensão do capitalismo: (a) o respaldo da ordem jurídica a contratos comerciais avançados; (b) a noção de empresa, dotada de personalidade jurídica própria, diferente da pessoa de seus membros; e, por fim, (c) uma ordem jurídica previsível. Acrescenta, ainda, que o termo previsibilidade designa: (i) respeito à propriedade e aos contratos. (ii) uma administração profissional da justiça e (iii) uma legislação clara e lógica, que tornem previsíveis, inclusive, as transformações dentro do próprio direito. Aqueles que dizem que estes pré-requisitos não estiveram presentes da Inglaterra, diz Swedberg, tomam o problema como exclusivamente teórico e não buscam evidências na empiria. Ou seja, segundo esse autor, o ‘Problema da Inglaterra’, como posto por Trubek, é descabido, já que se equivoca quem identifica previsibilidade com racionalidade lógico-formal e ignora a experiência concreta do direito inglês (FABIANI, 2011, p. 39).

⁵⁴ Refere-se à circunstância de que, apesar do (alegado) baixo grau de racionalidade lógico-formal do direito inglês segundo essa abordagem weberiana, ainda assim foi na Inglaterra que as instituições do sistema capitalista primeiramente floresceram.

Para analisar as estruturas normativas subjacentes às decisões proferidas pelo CRSFN, quando da aplicação da personalidade das penas, serão expostos os modelos historicamente construídos sobre essa *relação entre empresa (elemento socioeconômico) e sociedade (elemento jurídico)*.

Essa exposição histórica também leva, ainda que incidentalmente, a que se façam algumas considerações sobre a própria *noção de pessoa jurídica em direito privado*. No entanto, preliminarmente, cumpre que sejam ressaltados dois pressupostos necessários a essa análise.

O primeiro deles diz respeito à necessária limitação dessa análise às *sociedades comerciais*, isto é, às pessoas de direito privado tipicamente exploradoras de atividade econômica⁵⁵.

Desde já, também cumpre esclarecer que a presente pesquisa afasta qualquer abordagem “*essencialista*” das categorias dogmáticas (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 105), postura essa legatária de Savigny (1779-1861) e da Escola Histórica alemã e especialmente cristalizada na noção de “*instituto jurídico*” (CASTRO, 2012, p. 151).

Em contraponto a essa postura essencialista, mostra-se mais pertinente uma *abordagem instrumental desses conceitos jurídicos*, tendo-os como instrumentos decorrentes da observação histórica da vida humana em sociedade e, por isso, como provisórios e perfectíveis (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 106). Isso acaba redundando uma postura em que “[...] a adequação de um modelo jurídico decorre de sua eficácia, do requisito operacional, não do qual fielmente retrata o real” (MUNHOZ, 2002, p.13).

Daí decorre o segundo pressuposto da presente análise, que diz respeito à *rejeição ao antropofornismo na análise da pessoa jurídica*, isto é, de uma postura de contraponto e comparação entre as pessoas jurídicas e as pessoas físicas (MUNHOZ, 2002, p. 66). Ao invés de se ter tais entes coletivos como uma realidade análoga aos seres humanos (OLIVEIRA, 1979, p. 16) – postura essa intimamente ligada ao já citado essencialismo da abordagem jurídica tradicional (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 338) – prefere-se afirmar “[...] ser a personalização uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados

⁵⁵ Essa ressalva se faz necessária tendo em conta a multiplicidade das realidades fáticas a que, historicamente, o conceito de pessoa jurídica sempre se referiu (sociedades, associações e fundações, em direito privado; União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista em direito público). Comparato e Salomão Filho ressaltam que “[...] essa multiplicidade de agregados, institutos e situações diversas, que constituem o substrato das pessoas jurídicas, não apresenta nenhum denominador comum, social ou econômico, sendo que cada teoria, formulada no assunto, parece ter sido concebida a partir de um determinado tipo de pessoa jurídica, sem nenhuma previsão de suas possíveis aplicações a outros setores” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 343). Nessa mesma linha também se posiciona Eduardo Secchi Munhoz (2008, p. 13).

objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 344).

Essa concepção da pessoa jurídica como uma “*realidade técnica*”, além de se apartar da tradicional disputa entre as teorias da ficção e da realidade, é aquela atualmente predominante (MUNHOZ, 2008, p. 67; SHECAIRA, 2011, p. 142).

Sobre isto, esclarece Abreu (1999):

Em grande maioria descomprometida com a luta das ‘teorias’, é hoje predominante na doutrina a compreensão ‘técnico-jurídica’ da pessoa colectiva. Produto da técnica jurídica, abstraindo considerações éticas, sociais e político-gerais, não baseando em substratos meta-jurídicos o seu específico modo de ser, a personalidade colectiva é expediente utilizável por uma série de diferenciadas organizações, pelo qual a ordem jurídica atribui às mesmas a qualidade de sujeitos de direito, de autónomos centros de imputação de efeitos jurídicos. E, na verdade, as pessoas colectivas não são uma ficção; são uma realidade – realidade jurídica, criação (recente) do direito. E sem a carga axiológica que a personalidade das pessoas humanas encerra – é por isso ajustado dizer-se (utilizando linguagem genyana) que, enquanto esta personalidade nos aparece em larga medida como um ‘dado’, já a personalidade jurídica é do ‘construído’; ajustado seja ainda defender-se (sic) que esta última personalidade, porque fundada em critérios de ‘oportunidade’ (e não em certa ‘natureza das coisas’ reflectida na consciência jurídica geral), é susceptível de ser mais ou menos estendida, limitada ou fraccionada (ABREU, 1999, p. 198).

Sob o enfoque dessa concepção da “*realidade técnica*”, há uma verdadeira flexibilização da noção de pessoa jurídica⁵⁶, já que tal forma jurídica só poderia ser encontrada a partir da análise do regime jurídico “*in concreto*” (e não segundo um conceito “superior”). Apesar disso, não haveria como se negar que a noção de pessoa jurídica possui, ainda hoje, “[...] um conteúdo significativo mínimo: autónoma subjectividade jurídica”, como lucidamente esclarecido por Abreu (1999, p. 204).

Assentadas tais premissas, pode-se passar à elaboração de um panorama histórico das estruturas jurídicas oferecidas para a organização das atividades empresariais. Para tanto, serão utilizados os elementos da classificação exposta por José Engrácia Antunes (2005, p. 30) e por Eduardo Secchi Munhoz (2008, p. 51): a) *modelo da empresa individual* (direito dos comerciantes); b) *modelo da empresa societária* (direito das sociedades comerciais) e c) *modelo dos grupos societários* (direito das empresas plurissocietárias).

⁵⁶ Em linha com a rejeição a essa postura essencialista, J.E. Coutinho de Abreu até reconhece a possibilidade de diferenças entre as pessoas jurídicas e os entes personalizados, mas também afirma que tais diferenças decorrem de um regime legal concreto, e não de um suposto conceito de pessoa jurídica: “É certo: há diferenças de regime entre pessoas colectivas e entidades desprovidas de personalidade jurídica – basta ver, v.g., a disciplina do Cciv para as associações com e sem personalidade, ou do CSC para as sociedades antes ou depois do registro definitivo do contrato. Todavia, a disciplina específica das pessoas colectivas (variável, aliás, de modo considerável consoante dos diversos tipos e subtipos de pessoas) é determinada fundamentalmente pela lei, não é (essencialmente) deduzível de um conceito de pessoa jurídica” (ABREU, 1999, p. 203).

2.1 Modelo da Empresa Individual (Direito dos Comerciantes)

Na Europa, sobretudo a partir do séc. XI, ocorreu um intenso crescimento das trocas comerciais, cujo desenvolvimento se deu fundamentalmente pela figura do *comerciante individual* (*empresa individual*), que organizava, sob sua própria pessoa, o capital e o trabalho necessários à consecução de seus negócios. Em uma economia fundamentalmente agrícola, artesanal e mercantil, foi essa forma jurídica de organização que se mostrou amplamente utilizada para o desenvolvimento das atividades econômicas e que se organizou, nos países de *civil law*, sob a forma do denominado *direito comercial*.

Organizados os fatores de produção sob a figura do comerciante individual (com estrutura e abrangência relativamente limitadas, com alguns poucos trabalhadores quase sempre oriundos de seu núcleo familiar), esse empresário individual respondia com todo o seu patrimônio pelos riscos de sua atividade econômica (*responsabilidade ilimitada*).

Antunes (2005, p. 31) esclarece que essa responsabilidade ilimitada estava

[...] em linha com fundamental ‘standard’ jusprivatista em sede de responsabilidade: o nexó entre poder e responsabilidade (*Herrschaft und Haftung*), de acordo com o qual quem pratica em proveito próprio determinada acção ou omissão deverá suportar os encargos ou as consequências negativas daquelas decorrentes (*uni commoda ibi incommoda*).

A partir da Idade Média, as associações patrimoniais e pessoais eram tratadas, pelo direito eclesiástico e pelo direito temporal, mediante o emprego da noção de *universitas*, ora prevalecendo seu carácter de associação de pessoas (*universitas personarum*), ora de mera massa patrimonial (*universitas bonorum*).

Entre os sécs. XVII e XVIII esse conceito de “*universitas*” foi reformulado pelos jusnaturalistas para depurá-lo da tradição e substituí-la pelos direitos inatos e originários dos homens individualmente considerados, que poderiam livremente se reunir para uma obra em comum, a sociedade (*societas*). Assim, a construção da sociedade humana, como conceito jurídico, não teria se fundamentado na *universitas*, mas na teoria da pessoa, de onde surgiu a figura da “pessoa moral” (*persona moralis*) que, em Christian Wolff (1679-1754), estaria reservada ao homem individualmente considerado, mas que, posteriormente, acabou se tornando sinônimo de “*societas*”:

Como se tendia a equiparar as associações de pessoas com pessoas, acabou-se se designando a *societas* como *persona moralis* ou *persona mystica*. Mas as palavras *moralis* e *mystica* já não refletiam o embasamento moral dos direitos e obrigações do homem individual a que se referiu Wolff. Eram usadas porque a condição de

peças da *societas* era algo imaterial, intelectualizado (HATTENHAUER, 1987, p.33).

Só em 1799, na obra de Gustav Hugo (1764-1844), é que teria surgido a designação “pessoa *jurídica*”, em substituição ao termo “pessoa moral” (HATTENHAUER, 1987, p. 35).

Nesse contexto, a possibilidade de que as coletividades (*sociedades em nome coletivo*) pudessem explorar atividades econômicas somente surgiu incidentalmente, em razão de circunstâncias como a da continuidade dos negócios após o falecimento do comerciante individual.

Também nesse período é que surge a *sociedade em comandita*, na qual ao *comendador* cabia o aporte de capital e ao *tratactor* o efetivo exercício da atividade econômica. A figura do *comendador*, além de haver sido utilizada para burla da proibição de empréstimo a juros, também representava uma limitação dos riscos do negócio, que eram assumidos ordinariamente pelo *tratactor* (MUNHOZ, 2002, p. 53).

Mas o grande diferencial desse período se deu no séc. XVII, com as chamadas *grandes companhias coloniais*. Criadas para prover grande quantidade de capitais necessários à exploração das rotas comerciais ao Oriente e à América, grandes companhias coloniais representavam a conjunção de interesses dos Estados europeus, dos grandes comerciantes e dos investidores. A primeira delas foi a Companhia das Índias Orientais, criada na Holanda, em 1602, seguindo-se a criação de companhias semelhantes pela Inglaterra, França, Espanha e Portugal (MUNHOZ, 2008, p. 55) ⁵⁷.

Comparato e Salomão Filho expõem que, nessas companhias coloniais, agrupavam-se interesses diversos e até mesmo antitéticos: a) função pública (presença estatal, especialmente dando autorização para seu funcionamento); b) gestão privada (alta burguesia e aristocracia ligada à administração dessas companhias) e c) interesse coletivo (público investidor, atraído pela chancela estatal ao empreendimento) (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p.36). Todas elas tinham em comum a responsabilidade limitada e o fracionamento do seu capital social em ações livremente comercializáveis (MUNHOZ, 2002, p. 56).

⁵⁷ Relativamente ao Brasil, destacaram-se a Companhia Geral de Comércio do Brasil (1649), Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão (1755) e do primeiro Banco do Brasil (1808-1835) (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 37; MUNHOZ, 2008, p. 58; PARGENDLER, 2013, p. 169).

Eduardo Secchi Munhoz (2002, p. 57) divide em três fases a evolução histórica dessas companhias coloniais até as modernas sociedades anônimas⁵⁸:

Na *fase do privilégio* tais companhias só podiam ser criadas mediante autorização estatal. Uma carta de autorização ou de constituição (*charter, octroi*), autorizava uma determinada atividade especificamente considerada, que só poderia ser mudada mediante nova lei específica. Esse regime foi o que prevaleceu no Brasil até a edição do Código Comercial em 1850, correspondendo às já referidas companhias comerciais criadas por Portugal no país.

Na *fase da autorização* houve uma flexibilização dessas exigências. Corresponde ao período entre os sécs. XVIII e XIX, quando o novo sistema de produção em massa, inaugurado pela Revolução Industrial, demandou ainda mais elevadas somas de capital e novas formas de organização. Nesse momento, conforme assinalam Comparato e Salomão Filho (2008, p. 36), a participação do estado tende a declinar: “[...] a presença do Estado se torna desnecessária para o processo de acumulação capitalista, por esse último passar a se basear em mudanças no processo tecnológico produtivo e não mais em descoberta de fontes de matérias-primas ou de novos mercados.”

Estas profundas mudanças econômicas acabaram por demonstrar a insuficiência das formas societárias então vigentes (sociedade em comandita e sociedade em nome coletivo), acarretando uma evolução das companhias coloniais para as chamadas *sociedades anônimas*, cujo funcionamento não mais se daria por meio das cartas de constituição, mas *mediante autorização administrativa*. Este foi o regime consagrado pelo Código Comercial francês de 1807 e pelo Código Comercial brasileiro de 1850 (art. 295).

Na *fase da liberdade*, a constituição desses entes coletivos passou a não mais depender de lei especial ou autorização administrativa. A livre constituição das “*corporations*” foi inaugurada em 1811 no Estado de Nova York, e adotada na Inglaterra em 1844 e na França em 1867. No Brasil, esse regime foi inaugurado em 1882 (Lei nº 3.150).

Com isso, estaria conformada a *sociedade anônima*, que passou a ser o modelo típico da *empresa societária*, a substituir a empresa individual enquanto figura jurídica modelo do sistema econômico (ANTUNES, 2005, p. 32).

Nesse sentido, argumenta Munhoz (2002, p. 59):

⁵⁸ Sobre as repercussões dessas três fases nas disposições de direito societário brasileiro, vide a parte final do item 1.1 - A Primeira Globalização, a Fase do Liberalismo Clássico do Direito Administrativo Brasileiro (1850-1930) e a Doutrina Clássica do Poder de Polícia.

Com o reconhecimento do regime de plena liberdade para sua constituição, a sociedade anônima (*corporation*, *société anonyme*, *società per azione*, *Aktiengesellschaft*) transformou-se no instrumento geral da economia privada. Concebida como técnica de organização da empresa, a sociedade anônima aparece como o instrumento jurídico que fornece a estrutura necessária para atender às necessidades da economia industrial, como a mobilização de elevadas somas de capital, a limitação do risco do investidor, a estabilidade da organização e de planejamento (a morte ou as vicissitudes dos acionistas não atingem a sociedade), transformando-se, na conhecida expressão de Ripert, no ‘*merveilleux instrument juridique du capitalisme moderne*’.

Munhoz (2002, p. 60) ressalta a influência do modelo da sociedade anônima – especialmente quanto à determinação da responsabilidade limitada dos sócios – sobre a criação de outras formas de organização societárias. Prova dessa influência seria a criação das chamadas *sociedades limitadas*, utilizadas para pequenas e médias empresas em substituição às sociedades em comandita e em nome coletivo. Elas constituiriam um tipo societário intermédio entre essas últimas formas societárias e as sociedades anônimas, tendo sido criadas na Alemanha em 1892, na França em 1925 e no Brasil em 1919 (Decreto nº 3.708). Assim, mesmo para os empreendimentos de menor porte, as formas societárias então existentes passaram de típicas sociedades de pessoas de responsabilidade ilimitada (como nas sociedades em comandita e sociedades em nome coletivo) para sociedades de pessoas com responsabilidade limitada a determinados valores investidos por seus sócios (como nas sociedades limitadas)⁵⁹.

2.2 Modelo da empresa societária (Direito das Sociedades Comerciais)

Com a generalização das sociedades anônimas e das sociedades limitadas, tais estruturas societárias substituíram, no capitalismo ocidental, a centralidade anteriormente ocupada pela empresa individual (direito dos comerciantes)⁶⁰, passando a constituir o

⁵⁹ Para a distinção entre sociedades de pessoas e sociedades de capitais, vide item 2.2.1, Modelo da Empresa Societária, Sociedades Anônimas e Início da Ruptura do Nexo entre Poder e Responsabilidade.

⁶⁰ “Essa ideia pressuposta de sociedade, consentânea com as exigências econômicas impostas desde a Revolução Industrial, influencia não apenas a sociedade anônima, mas a quase totalidade dos tipos societários verificados na prática empresarial hodierna. Isso porque, ao lado da sociedade anônima, a forma societária mais comum no direito comparado é a das sociedades de responsabilidade limitada que, a partir do século XIX, foram criadas com o objetivo de estender às pequenas e médias empresas a característica principal daquela, justamente, a responsabilidade limitada.

No cenário atual, as antigas sociedades de pessoas, de responsabilidade ilimitada, representam pouco mais do que exemplos de ‘arqueologia jurídica’. Não era de se esperar que fosse diferente, pois a importância da personalidade jurídica e da responsabilidade limitada é hoje de tal ordem que a lei de diversos países admite atualmente a sociedade unipessoal, ou seja, uma técnica cujo objetivo principal é permitir o exercício da liberdade empresarial com responsabilidade limitada, sem o requisito de pluralidade de pessoas” (MUNHOZ, 2002, p. 71).

paradigma do chamado *modelo da empresa societária (ou da sociedade empresária)*. Corresponde a esse modelo o *direito das sociedades comerciais*, o qual é assim caracterizado por Antunes (2005, p. 33):

Deve-se começar por salientar que este novel ramo jurídico assenta, da sua origem aos nossos dias, num dogma fundamental: o dogma da autonomia da sociedade. Com efeito, o modelo legal clássico da sociedade (*'Idealtypus der Aktiengesellschaft'*, *'received legal model of the corporation'*, *'société anonyme typique'*) foi sempre o da grande empresa cujo capital social se encontra disperso por uma miríade de pequenos accionistas individuais e cujo governo se encontra confiado a administradores independentes que actuam na prossecução dos interesses económicos da própria empresa. A construção técnico-jurídica deste dogma da autonomia societária foi conseguida graças aquilo que hoje bem poderíamos designar como as duas “vacas sagradas” do direito societário tradicional: o reconhecimento de personalidade jurídica própria à empresa societária e a concessão de uma responsabilidade limitada aos respectivos sócio-proprietários

Esse arquétipo do modelo das sociedades comerciais, caracterizado pela (i) personalidade jurídica própria da empresa, independente daquela dos sócios e (ii) responsabilidade limitada dos sócios (restrita unicamente ao investimento que se prestarem a realizar, seja ao valor das cotas, nas sociedades limitadas, seja ao das ações, nas sociedades anônimas), é assim caracterizado por Eduardo Secchi Munhoz: “[...] a sociedade isolada autônoma, dotada de personalidade jurídica e responsabilidade limitada, voltada à consecução de um interesse próprio – o interesse social” (MUNHOZ, 2002, p. 70).

Para José Engracia Antunes, tais características desse modelo constituiria um verdadeiro estatuto ideal (*Gezetztypus*) da sociedade isolada e autônoma:

O tradicional Direito das Sociedades é, dissémo-lo já, o direito de uma sociedade individual e independente: todo o edifício jurídico-societário arranca de um modelo pressuposto da sociedade comercial como uma entidade económica e juridicamente autônoma, que desenvolve sua actividade económico-empresarial na execução de uma vontade social e de um interesse social próprios, definidos soberanamente pela colectividade social (ANTUNES, 2005, p. 37).

Ou seja, nesse modelo da sociedade empresária se pressupõe que o poder de determinar as atividades empresariais é necessariamente coincidente com a estrutura (patrimonial e organizacional) autônoma da pessoa jurídica e que somente através dessa estrutura autônoma é que se mostra possível o direcionamento das atividades da sociedade comercial.

Esclareça-se, em atualização e reforço ao que acima referido, que a possibilidade de criação de sociedades unipessoais de responsabilidade limitada foi expressamente prevista pela Lei 12.441, que alterou o CC/2002 para permitir a criação da chamada EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

Tal estrutura foi alcançada basicamente por meio da generalização da personalização societária na versão adquirida durante o séc. XIX, fenômeno comum, tanto aos países de *Common Law* quanto ao de *Civil Law* (MUNHOZ, 2002, p. 70; ANTUNES, 2005, p. 54, nota 28).

É nesse modelo da sociedade empresária (modelo societário tradicional) que podem ser localizadas as tradicionais *teorias da pessoa jurídica (teorias da ficção e da realidade)* ⁶¹.

Relevante, aqui, é o contraponto dos contextos históricos e da função estatal subjacente relativamente a cada uma dessas teorias sobre a pessoa jurídica.

Quando da formulação da *teoria da ficção* ⁶² por Savigny (1799-1861), o Estado nacional era o grande protetor contra a opressão provincial local e contra os resquícios dos antigos privilégios feudais, como as corporações de “mão morta” (que não seriam entidades naturais, mas simples privilégios absolutistas). Em contraste com isso, um pouco mais tarde, no momento histórico da formulação da *teoria da realidade* ⁶³ de Gierke (1841-1921), já tendo

⁶¹ Como dito anteriormente (vide início do item 3, As Estruturas Normativas Referentes à Identificação *Empresa-Sociedade* e a Crise da Noção de Pessoa Jurídica), uma análise mais detida sobre as tradicionais teorias da pessoa jurídica foge do marco teórico e dos objetivos da presente pesquisa. Sobre esse debate entre as teorias da ficção e da realidade, parecem adequadas as seguintes considerações de Flume: “As teorias e a polémica das teorias relativas à pessoa jurídica são uma assunto ‘completamente alemão’. Apesar de essa polémica ter sido recebida noutros países europeus e na América, nada de novo se colhe na extensa literatura à mesma dedicada. O direito da pessoa jurídica é determinado através de normas positivas e da prática jurídica. Tanto na literatura alemã como nos outros direitos, a luta das teorias não é tomada a sério. A exposição das teorias é realizada em manuais e monografias como um exercício de dever” (*apud* ABREU, 1999, p. 197).

De qualquer maneira, para um resgate do contexto histórico alemão quanto às concepções civilísticas de pessoa jurídica, especialmente a de Savigny e de Gierke, vide Hattenhauer 1987, p. 29-45. Um panorama dessas teorias civilísticas sobre a natureza jurídica da pessoa jurídica é feita por Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, 2013, p. 253). Por conta de sua relevância para os objetivos da presente pesquisa, a concepção kelseniana sobre a pessoa jurídica merecerá algumas considerações posteriores - vide item 3.3, Modelo da Responsabilidade Objetiva da Pessoa Jurídica.

⁶² Savigny (1799-1861) tratou em 1840 da pessoa jurídica no segundo volume do seu “*Sistema de Direito Romano Atual*” (HATTENHAUER, 1987, p. 35). Comparando esses entes coletivos às pessoas naturais, afastou a sua fundamentação ligada ao jusracionalismo e as qualificou como uma *mera técnica jurídica*, por meio da qual, artificialmente (*teoria da ficção*), atribuía-se-lhes capacidade jurídica patrimonial artificial. Por ser restrita ao direito privado (e, dentro dele, unicamente à matéria patrimonial), dela ficariam excluídas outras realidades (Estado, Igreja e grandes associações e massas patrimoniais), tratando-se ainda tal capacidade de uma outorga estatal: “A ficção da pessoa jurídica era um privilégio outorgado pelo Estado, administrador do ordenamento privado, e a autoridade continuou sendo criadora do sujeito artificial ‘pessoa jurídica’” (HATTENHAUER, 1987, p. 36).

⁶³ “A partir de Savigny e de Puchta (1798-1846), os adeptos da teoria da ficção muito debateram acerca da extensão dessa ficção, a qual só começou a ser questionada pelo conceito de cooperativas (*Genossenschaften*), formulada por Beseler (1809-1888) e referente às uniões de várias pessoas para conseguir fins comuns de larga duração, a qual também prescindia de qualquer autorização estatal: “Se não era necessária a permissão do Estado para a gênese das pessoas naturais, tão pouco ele deveria ter participação na fundação da ‘*Genossenschaften*’” (HATTENHAUER, 1987, p. 37). As figuras das cooperativas (*Genossenschaften*) e das associações (*Varein*) é que permitiram a discussão doutrinária sobre se a pessoa jurídica seria uma mera ficção legal ou uma unidade associativa real, às quais também seriam aplicáveis todas as disposições aplicáveis às pessoas naturais (*teoria da realidade*). Tal concepção foi aquela adotada e extensamente desenvolvida com Gierke (1841-1921), quando efetivamente se operou a extensão desse conceito de pessoa jurídica para além dos limites do direito privado, em que se permitia afirmações como a de que “As comunidades nascidas no seio do povo tinham por objeto

o Estado nacional e a burguesia se consolidado, esta última passou a reear a intervenção estatal na economia, razão pela qual começou a defender o reconhecimento automático de “comunidades naturais” e da realidade societária como ente distinto das pessoas dos sócios (OLIVEIRA, 1979, p. 6; COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 342).

Além disso, mais relevante do que se afirmar a maior correção de uma ou outra teoria civilística sobre a pessoa jurídica, é ressaltar as afinidades existentes entre cada uma delas e as concepções que, em direito societário, desenvolveram-se sobre o chamado *interesse social* (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 327).

A teoria da ficção ressalta a artificialismo da sociedade (pessoa jurídica) enquanto meio capaz de atribuir unidade ao conjunto dos interesses dos sócios como um todo. Tal entendimento se encontra afinado com o do *contratualismo*, que nega que o interesse social possa ser hierarquicamente superior ao conjunto dos interesses dos sócios (atuais e/ou futuros).

Nas palavras de Comparato e Salomão Filho (2008, p. 332),

[...] parece evidente que comum a ambas as versões – contratualismo clássico e moderno – é o fato da sociedade ser vista como instrumento de passagem e organização dos interesses particulares dos sócios. A ideia faz então seu círculo completo, retornando-se à teoria ficcionista que vê na pessoa jurídica ficção necessária para a passagem dos interesses – esses sim reais - dos sócios.

Já a teoria da realidade ressalta não essa formal personalidade jurídica, mas o substrato fático a que ela pode se referir. Na teoria da realidade teria havido uma maior valorização das questões referentes à estrutura e organização interna da sociedade com fins de caracterização de uma *vontade própria da sociedade*:

Gierke identifica o elemento que confere vontade própria à sociedade na pluralidade de seus componentes. Segundo o autor, é essa capacidade de ter vontade própria que atribui realidade ao fenômeno associativo, único parâmetro aceitável para atribuição de personalidade jurídica (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 333).

Essa valorização dos procedimentos internos necessários à caracterização dessa vontade própria da sociedade entra em sintonia com o *institucionalismo* (societário), por meio do qual se entende o interesse social como uma realidade diferenciada e superior quanto aos interesses dos sócios: “O institucionalismo passa a definir e estudar a vontade própria da

demonstrar com força e enaltecer a realidade da nação” e que via “[...] as cooperativas inseridas no coletivo estatal como seres animados, suprapessoais, e o Estado como o super-eu, o arquétipo de toda cooperativa e de toda pessoa jurídica” (HATTENHAUER, 1987, p. 39).

pessoa jurídica e suas formas de expressão” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 334).

2.2.1 Modelo da empresa societária, sociedades anônimas e início da ruptura do nexo entre poder e responsabilidade

Na vida prática das sociedades comerciais, o debate entre os defensores de cada uma das principais doutrinas (ou teorias) sobre a pessoa jurídica vinha sendo visto menos apaixonadamente, Conforme destaca Hattenhauer (1987, p. 39), “[a]os industriais e comerciantes não interessavam belas declarações, mas um Direito Mercantil que servisse aos seus interesses.”

O fenômeno da *personalização* (ou seja, a atribuição de uma “personalidade” jurídica à empresa – elemento socioeconômico) serviu fundamentalmente ao estabelecimento de uma estrutura *patrimonial e organizacional autônomas*⁶⁴ para as sociedades comerciais. Este ponto é também ressaltado por Eduardo Secchi Munhoz (2002, p. 84):

Em suma, a existência do patrimônio separado e da organização independente é o pressuposto necessário da sociedade – pessoa jurídica individual⁶⁵, de responsabilidade limitada, arquétipo sobre o qual se edifica o modelo societário vigente. Como se verá, a ausência de um desses pressupostos implica a perda da harmonia do sistema societário com a realidade empresarial, levando-a a uma crise de efetividade. (os grifos são do original).

Foi por meio da técnica de personalização que foi possível o estabelecimento, dentre outros objetivos (ANTUNES, 2005, p. 32), tanto da *responsabilidade limitada dos sócios* quanto do patrimônio *autônomo e independente da sociedade*.

A atribuição de personalidade jurídica ao ente coletivo explorador de atividades econômicas teria permitido aos seus sócios deixar de serem, eles mesmos, os proprietários dos meios de produção para receberem, em contrapartida ao capital por eles aplicado, direitos de

⁶⁴ “Patrimônio separado e pessoa jurídica são, afinal, os instrumentos jurídicos para disciplinar a responsabilidade das partes pelos atos que praticarem como sócios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos sócios. A ordem jurídica, admitindo a constituição de um patrimônio separado e da pessoa jurídica, unifica, em substância, a coletividade que se apresentava ainda amorfa no momento de sua constituição” (ASCARELLI, Tullio. *O contrato plurilateral*. In: Munhoz.. Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, 2002, p. 82).

⁶⁵ Para se evitar eventuais ambiguidades, aqui cumpriria esclarecer que a expressão pessoa jurídica “individual” deve ser lida no sentido de pessoa jurídica “isolada e autônoma”, como utilizado pelo próprio autor (vide MUNHOZ, 2002, p. 70-71).

natureza pessoal perante a sociedade comercial (parcelas de seu capital social), como bem explicitado por Comparato e Salomão Filho (2008, p. 129):

Em todas essas hipóteses, como adverte Ripert, assiste-se à substituição de uma propriedade por um direito de crédito. ‘O regime capitalista transformou os proprietários em credores. Retirou dos homens a posse das fábricas, das casas, dos veículos, das águas, dando-lhes, em troca, uma parte dos lucros realizados pela exploração desses bens’.

Foi esse mecanismo, por excelência, de criação das sociedades por ações, em que os investidores, perdendo em benefício da pessoa jurídica a propriedade dos bens investidos na empresa, tornam-se titulares de direitos pessoais perante a sociedade, e recebem em troca a propriedade das ações, cuja livre circulação lhes permite recuperar o valor do investimento, sem afetar o patrimônio social. Os acionistas são, assim, excluídos de jure da posse e disposição dos bens sociais, pelo diafragma acionário, que lhes dá mera aparência de propriedade, ou melhor, consagra uma propriedade estática, de mera fruição.

O direito burguês, oriundo da Revolução Francesa, decretou o caráter unitário e absoluto da propriedade (‘le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue’, segundo a célebre definição do Código Napoleão), abolindo os desdobramentos reais do direito feudal. Mas, na verdade, como já se advertiu, o que se procurou foi suprimir o domínio eminente – a propriedade estática – e tornar absoluto o domínio útil, a propriedade dinâmica dos que, efetivamente, cultivavam a terra e possuíam os instrumentos de trabalho. No conflito de interesses relativo aos bens de produção, foi o poder de controle que prevaleceu sobre o direito de mera fruição.

Para Comparato e Salomão Filho, esse fenômeno da personificação também serviu para a *construção do patrimônio da sociedade comercial*. A partir da distinção entre as noções de propriedade *estática* (tradicional na dogmática civilística e relativa à fruição de bens de consumo) e da propriedade *dinâmica* (mais prevalente a partir da Revolução Industrial e que seria relativa à disposição dos bens de produção), os bens sociais pertencem à sociedade (propriedade estática), mas quem sobre eles detém poder de disposição é o empresário, ou seja, o titular do controle empresarial (propriedade dinâmica):

Ora, a propriedade dinâmica, ou controle sobre os bens de produção, não tem por objetivo a fruição, mas a produção de outros bens e serviços e, por isso mesmo, implica, necessariamente, uma relação de poder sobre outros homens, na medida em que a produção sai da fase artesanal para a industrial. A propriedade dinâmica dos bens de produção é a que se realiza sob a forma de empresa. [...] Ora, essa função, nas sociedades mercantis, sobretudo nas anônimas, a não ser por figura de retórica, pode ser atribuída à pessoa jurídica em si. A sociedade não é empresário, isto é, titular de poder de controle, mas o ‘titular da empresa’. A ligação da pessoa jurídica aos bens jurídicos não é de poder (plena in re postestas) e sim de mera pertinência. Os bens sociais pertencem à sociedade, mas quem detém sobre eles o poder de disposição é o empresário, ou seja, o titular do poder de controle (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 130).

Também intimamente ligada a esse processo de personalização se encontra o estabelecimento de uma *estrutura organizacional autônoma* da sociedade. Em paralelo às

construções de direito constitucional (MUNHOZ, 2002, p. 77), estabeleceu-se que cada órgão da sociedade anônima exerceria um poder-função típico (poder deliberativo - assembleia dos acionistas; poder de direção – conselho de administração/diretoria; poder de fiscalização: conselho fiscal).

Mas é justamente nessa conformação da estrutura organizacional das sociedades anônimas que se encontra o início da ruptura dos pressupostos do modelo das sociedades empresárias.

Dentro desse modelo da empresa societária (ou da sociedade empresária), cumpre fazer a distinção entre as chamadas “sociedades de pessoas” e as chamadas “sociedades de capitais”:

A antitética terminologia ‘sociedade de pessoas’ (referindo-se à importância da identidade de das qualidades dos sócios, a caracterizar o contrato de sociedade de pessoas como um contrato *intuitu personae*) e ‘sociedade de capitais’ (considerando os sócios em razão, sobretudo, da quota de capitais por eles subscrita) é utilizada para se referir elipticamente a tipos societários que guardam características comuns. Pode-se dizer que sociedades de pessoas e sociedades de capitais pertencem a fases de evolução diversas da história econômica:

- 1) A sociedade em nome coletivo representa, historicamente, o protótipo da sociedade de pessoas: surgiu em época medieval, nos albores do capitalismo, e sua estrutura, desde então, alterou-se pouquíssimo.
- 2) O aparecimento da sociedade por ações, protótipo da sociedade de capitais, liga-se a uma fase de evolução sucessiva do capitalismo: é [...] a forma jurídica típica do capitalismo moderno, fundado na produção em massa, a requerer o emprego de ingentes capitais e, portanto, incentivos que facilitem a sua formação, com o benefício da responsabilidade limitada assegurada aos sócios e a livre negociabilidade das quotas de participação (ARAÚJO, 2011, p. 69).

Danilo Borges de Araújo ressalta que, apesar dessa sucessão histórica da formação desses dois tipos de sociedades, as sociedades de pessoas continuaram por coexistir com as sociedades de capitais, isso pelo “[...] fato de que nem toda produção e nem toda distribuição são, no sistema contemporâneo, produções de massa e distribuições de massa” (ARAÚJO, 2011, p. 69)⁶⁶.

Essa distinção de sociedade de pessoas e de capitais tem relevância não só quanto ao regime de responsabilidade (se ilimitada ou limitada), mas também quanto à própria determinação da atuação dessas sociedades comerciais:

⁶⁶ Aqui cumpre esclarecer que os modelos descritos, ao longo de todo este capítulo, sobre as relações empresa (elemento socioeconômico) e sociedade (elemento jurídico), servem unicamente para a sistematização das estruturas jurídicas que historicamente foram criadas para a organização das atividades empresariais. Não se tratam de modelos que, historicamente construídos, acabaram por completo as estruturas típicas das fases anteriores. Assim como as sociedades de pessoas conviveram (e convivem) com as sociedades de capitais, as empresas individuais (típicas do modelo da empresa individual) também ainda convivem com as estruturas de organização típicas do modelo da empresa societária (sociedades comerciais) e do modelo da empresa plurissocietária (grupos societários).

Entre os protótipos das duas espécies do gênero sociedade (sociedade de pessoas e sociedade de capitais) há uma substancial distinção, que é a de que todos os sócios da sociedade em nome coletivo estão sujeitos à responsabilidade ilimitada, enquanto os sócios da sociedade por ações gozam da vantagem da responsabilidade limitada.

Essa distinção tem fundamento de ser:

- 1) Tendo em vista que a cada um dos sócios da sociedade em nome coletivo é inerente, pelo simples fato de ser sócio, um poder de administração empresarial, então a eles corresponde uma responsabilidade ilimitada.
- 2) Já, na sociedade por ações, uma organização coletiva impessoal, a prerrogativa da administração empresarial é formalmente repartida entre a assembleia de sócios e os órgãos da administração, com a consequência de que juridicamente se confere aos sócio a isenção da responsabilidade própria do empresário (ARAÚJO, 2011, p. 69).

Assim, enquanto o poder de comando empresarial nas sociedades de pessoas está restrito àqueles que detêm parcelas de seu patrimônio (os administradores são iguais aos sócios cotistas), nas sociedades de capitais esse poder de comando não precisa necessariamente se confundir com esses detentores de seu patrimônio (a administração está dividida entre a assembleia de acionistas, quanto à política mais geral de atuação, e o conselho de administração/diretoria, para as decisões mais imediatas)⁶⁷.

Essa divisão de poder dentro das sociedades anônimas (assembleia de acionistas – conselho de administração/diretoria), tornou possível que o direcionamento das atividades empresariais ficasse a cargo de pessoas (administradores) que não necessariamente detivessem parcelas referíveis ao patrimônio da sociedade (sócios acionistas)⁶⁸.

Essa *dissociação entre propriedade acionária e poder de comando empresarial* - apesar de existente desde as grandes companhias coloniais (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 38), estando mesmo pressuposta nesse modelo das sociedades anônimas (MUNHOZ, 2002, p. 212) – só começou a ser devidamente teorizada na primeira metade do séc. XX a partir do estudo de A. Berle e G. Means “*The Modern Corporation and Private*

⁶⁷ E quanto maior essa sociedade anônima (aqui tida como o “arquetipo” das sociedades de capitais), mais esse poder de direção empresarial tende a se dispersar entre seus acionistas e mais se concentra em seus administradores (conselho de administração/diretoria). Outro fator de aumento desse afastamento do poder de controle empresarial dos sócios (cotistas/acionistas) se refere à inobservância do esquema “*uma-ação-um-voto*” como ocorrido na experiência brasileira, ao longo do séc. XX, relativamente às ações preferenciais (sem direito a voto). Vide item 1.2, A Segunda Globalização e a Fase do Velho Desenvolvimentismo do Direito Administrativo Brasileiro (1930-1990).

⁶⁸ Essa distinção entre regime de responsabilidade nas sociedades de pessoas (em que os administradores são os seus próprios sócios) e nas sociedades de capital (em que os administradores não precisam ser seus sócios, como ocorre com as sociedades anônimas), é especialmente sensível quanto às instituições financeiras brasileiras que, via de regra, têm que ser constituídas sob a forma de sociedades anônimas, conforme previsão do art. 25 da Lei 4.595/64 (conforme a redação dada pelo Lei 5.170/71): “As instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima, devendo a totalidade de seu capital com direito a voto ser representada por ações nominativas”.

Property” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 52 e 113; MUNHOZ, 2002, p. 78, nota 185).

Essa possibilidade de que, nas sociedades anônimas, o detentor do poder de direcionar as atividades empresárias não precisasse ser necessariamente também o detentor de seu patrimônio (administradores podem não ser sócios) representou uma *ruptura no tradicional nexa existente*, nas formas societárias típicas desse modelo da sociedade empresária, *entre poder e responsabilidade*, como exposto por José Engrácia Antunes:

[...] É talvez importante sublinhar neste ponto que, apesar de revolucionária, esta regra visava ainda alinhar-se com os ‘standards’ jusprivatísticos gerais existentes em matéria de imputação do risco, mais atrás referidos: ao passo que a empresa individual é totalmente gerida e controlada pelo próprio comerciante ou empresário individual, assim se justificando que apenas a este sejam imputáveis as dívidas contraídas na sua exploração, o papel do pequeno accionista individual das grandes sociedades de capitais no plano da respectiva administração é extremamente limitado, para não dizer quimérico, assim legitimando ou mesmo impondo concomitantemente uma limitação da respectiva responsabilidade: por outras palavras, em matéria de exploração e gestão de actividades empresariais, se, positivamente, a um poder ilimitado deve corresponder uma responsabilidade ilimitada (‘keine Herrschaft ohne Haftung’), então também, negativamente, a um poder limitado deverá corresponder uma responsabilidade limitada (‘keine Haftung ohne Herrschaft’) (ANTUNES, 2005, p. 34).

Essa *ruptura do nexa entre poder e responsabilidade* teria se dado, mais exatamente, entre, de um lado, o direito civil e o direito societário tradicional (ainda nos domínios do *modelo da empresa societária* e nos quais ainda vigora esse nexa entre poder e responsabilidade) e, de outro lado, o direito acionário (no qual essa correspondência foi claramente rompida) (MUNHOZ, 2002, p. 211). Tal estado de coisas foi assim caracterizada por Comparato e Salomão Filho:

O direito societário tradicional fundava-se no princípio da correspondência entre poder de gestão e responsabilidade, no seio da sociedade: *keine Herrschaft ohne Haftung*, segundo a fórmula cunhada pela doutrina germânica. Assim, na sociedade em nome coletivo, dado que, à falta de estipulação contratual em contrário, todos os sócios são gerentes e podem usar da firma social, todos eles respondem, solidariamente, pelas dívidas sociais (Código Civil de 2002, arts. 1.039 e 1.042). Na comandita, ‘não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social; sob pena de ficar sujeito às responsabilidades do sócio comanditado’ (art. 1.047). Da mesma sorte, na sociedade de capital e indústria, se o sócio de indústria contribuir para o capital com alguma quota, ou exercer poderes de gerência, assinando a firma social, ficará constituído sócio solidário em toda a responsabilidade.

O direito acionário veio alterar substancialmente o princípio. Primeiro, ao estabelecer a distinção entre participação no capital e administração da companhia, correspondente à divisão de poderes entre dois órgãos distintos e inconfundíveis, cada qual com funções, próprias e indelegáveis; e admitindo, até mesmo, que os administradores não participem do capital social. Em segundo lugar, ao fixar o princípio da irresponsabilidade do acionista pelas dívidas da companhia. O que nas

sociedades mercantis tradicionais constituía, destarte, uma responsabilidade do sócio, correspondente ao seu poder de gestão, na sociedade anônima transformou-se em simples risco sobre o montante do investimento acionário. Quem investe mais arrisca mais, porém não responde, em hipótese alguma, pelas dívidas sociais. O grande acionista tem maior poder decisório na assembleia, de acordo com o princípio capitalista da equivalência entre voto e quota de capital. Mas esse poder decisório, que pode ser soberano, quando o acionista é titular do controle, não acarreta, nunca, a supressão da rígida separação entre o seu patrimônio pessoal e o da companhia. A mais recente evolução econômica veio ainda trazer uma derradeira transformação, nessa matéria. Com o surgimento de macrocompanhias de capital aberto, contando com centenas de milhares de acionistas, assistiu-se à emergência do controle minoritário e do puramente administrativo ou gerencial, em que a própria correspondência entre poder e risco deixa de existir. O titular do controle não é mais o grande capitalista e pode nem mesmo possuir ações (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 433).

Tem-se, assim, que o *modelo da empresa societária* teve seu pressuposto fundamental, relativo à *necessária coincidência entre participação no capital e poder de comando empresarial*, primeiramente abalado justamente por essa quebra do nexo entre poder e responsabilidade, típica do direito acionário (sociedades anônimas).

Ao conceber que o poder de direção da sociedade (diretoria/conselho de administração) não precisa necessariamente coincidir com a participação no patrimônio da sociedade (acionista), abriu-se a porta para o reconhecimento de que esse poder de direção pudesse vir “de fora” da estrutura societária.

Dessa maneira, pode-se afirmar que a superação desse *modelo da empresa societária* se iniciou com essa ruptura do nexo, até então existente, entre poder e responsabilidade, a partir da qual se pode constatar o surgimento do fenômeno do *poder de controle*⁶⁹. Esclareça-se que a quebra desse nexo, iniciada com a ascensão as sociedades anônimas, completou-se com o surgimento dos grupos societários, como adiante se exporá.

2.3 Modelo da empresa plurissocietária (Direito dos Grupos Societários)

Eduardo Secchi Munhoz destaca, como reação à crescente globalização da economia capitalista ao longo de todo o séc. XX, o chamado *fenômeno concentracionista*, com nítida ênfase na *grande unidade empresarial* como meio para se garantir a eficiência produtiva nesse ambiente econômico amplamente internacionalizado: “Em outros termos, por meio da concentração, procuram as empresas maior poder de mercado e maior rentabilidade, lutando por sua sobrevivência em um ambiente econômico cada vez mais exigente e seletivo” (MUNHOZ, 2002, p. 89).

⁶⁹ Vide o item 2.3, Modelo da Empresa Plurissocietária (Direito dos Grupos Societários).

A partir da lição de Claude Champaud, Eduardo Secchi Munhoz (2002, p. 89) expõe que esse fenômeno concentracionista pode ser basicamente dividido em duas fases: a) fase *primária*, com ênfase na *expansão interna* (por meio de *fusões e incorporações*, em que a empresa ainda continua correspondendo a *um único ente jurídico autônomo*) e a formação das grandes empresas monolíticas do início do séc. XX (como a *Standard Oil Company* e a *US Steel Corporation*) e b) *fase secundária*, marcada por uma *expansão externa* das sociedades, em uma modelo que consagra os chamados *grupos de sociedades (ou grupos societários)*, em que, apesar da manutenção de *direção econômica única*, são preservadas as *personalidades jurídicas autônomas das empresas dele componentes* que, apesar disso, procuram atingir não um interesse social próprio seu, mas o interesse do grupo como um todo (ou de uma sociedade dominante).

Essa realidade dos grupos societários, também denominados de *empresas plurissocitárias*⁷⁰, é assim caracterizada pela combinação entre *diversidade (ou independência) jurídica e unidade econômica*:

[...] Técnica revolucionária de organização jurídica da empresa moderna, o grupo pode ser definido, a benefício de ulterior explicitação, como um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora formalmente a sua própria autonomia jurídica (sociedades-filhas, ‘subsidiaries’, ‘Tochtergesellschaften’, ‘filiales’, ‘filiali’), se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária exercida por uma outra sociedade (sociedade-mãe, ‘groupheadquarters’, ‘Muttergesellschaft’, ‘cappo-gruppo’, ‘société-mère’) (ANTUNES, 2005, p. 35).

Tais grupos societários, como principal elemento de organização da empresa na contemporaneidade⁷¹, só se tornaram possíveis e viáveis pelo desenvolvimento do já referido *poder de controle* (ou *controle intersocietário*, como referido por José Engrácia Antunes (2005, p. 36), que surgiu como fruto do *rompimento do nexo entre poder e responsabilidade*, iniciado com o advento das sociedades anônimas (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 433).

⁷⁰ “A empresa multinacional, ou transnacional, como alguns entendem mais correto, sob o aspecto jurídico, identifica-se com o grupo de sociedades, pois sua estrutura organizacional básica se reconduz inevitavelmente às técnicas de controle e de coligação. O grupo de sociedades, nesse sentido, pode ser considerado como a técnica jurídica de organização da empresa transnacional, fazendo-se, cada vez mais presente em tempos de economia globalizada. O quadro que se acabou de expor, tanto no plano nacional como no internacional, permite verificar que a realidade empresarial hodierna está longe de corresponder ao modelo da sociedade comercial isolada, sendo forço-se reconhecer que esta cedeu passo ao grupo de sociedades. Nas palavras de Engrácia Antunes, o protagonista do sistema econômico deixou de ser a empresa societária, passando a ser a empresa plurissocietária, o que exige a revisão do modelo jurídico que ora está a disciplinar esse fenômeno da ordem econômica e social” (MUNHOZ, 2002, p. 100).

⁷¹ Isso feito em substituição às empresas societárias do modelo das sociedades empresárias - MUNHOZ 2002, p. 92-93. Ver também Picciotto (2011).

Como dito no item anterior, o poder de comando empresarial na sociedade anônima acaba se estruturando em três níveis: a) *de participação no capital ou investimento acionário* (acionistas); b) *da direção* (administração) e c) *o controle* (que pode provir da participação acionária ou não) (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 41; MUNHOZ, 2002, p. 77).

Esse *poder de controle* pode ser compreendido como “[...] o direito de dispor dos bens alheios como um proprietário. Controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe estão destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p.124).

Assim se tornaram possíveis diversas formas de exercício de poder de comando empresarial que não precisariam mais necessariamente coincidir com a estrutura da pessoa jurídica (como ocorre no direito civil e no direito societário tradicional). F. K. Comparato e C. Salomão Filho colocam que esse poder de controle como exercitável nas modalidades de *controle interno* (isso a partir da própria estrutura societária) ou de *controle externo* (por parte de pessoas físicas ou jurídicas que não integram os quadros societários) (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 48).

O *poder de controle interno*, apesar de exercido a partir da estrutura da própria sociedade, não precisaria corresponder proporcionalmente à propriedade acionária (como se poderia supor a partir do direito societário tradicional e do direito civil). Ele comportaria várias modalidades, segundo o critério do grau de separação entre poder de controle empresarial e a propriedade acionária⁷², além de admitir algumas técnicas para sua organização⁷³

⁷² Segundo esse critério, ele poderia ser a) *totalitário* (quando nenhum dos sócios é excluído do exercício do poder de controle); b) *majoritário* (aquele que é detido pelo titular da maioria das ações ou quotas); c) *minoritário* (aquele que é efetivamente exercido pela minoria em situações como a grande dispersão acionária ou de maioria acionária ausente) e d) *gerencial ou administrativo* (referente ao poder de controle efetivamente exercido pelos administradores da sociedade, também na pressuposta hipótese de grande dispersão acionária ou absenteísmo da maioria) (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p.79; MUNHOZ, 2002, p. 226).

⁷³ Para Comparato e Salomão Filho, esse poder de controle interno comportaria as seguintes técnicas para sua organização: a) *técnicas institucionais*, referentes à criação de um organismo (personalizado ou não) que tem por fim disciplinar o exercício do poder de controle, como são as comunhões acionárias (co-propriedade acionária), os “*voting trusts*” e as *holdings* (sociedades criadas para participarem em outras sociedades); b) *técnicas estatutárias*: referentes à normas de caráter geral e impessoal, aplicáveis a todos os acionistas que se encontrem na situação previstas, como as cláusulas restritivas da circulação de ações (de que são exemplos a transferência vinculada ao consentimento de um órgão societário - *placet*, o impedimento à participação na gestão da sociedade, as cláusulas de opção e as de preferência ou preleção na venda de ações); as ações sem voto, como voto limitado ou com voto plural e o fracionamento de ações, o voto censitário e dispensa de comparecimento em assembleia e privilégios para eleição de administradores e fiscais e c) *técnicas contratuais*, concernentes aos chamados pactos parassociais, cuja existência não se poderia negar e que são feitos para produzir efeitos no âmbito social mas cuja eficácia é limitada às partes que o celebraram, que podem versar sobre diversos assuntos (dissociação entre titularidade de ação e legitimação para o exercício do direito de voto; negociações da

Já pelo *poder de controle externo* seria possível não a total supressão das instâncias decisórias internas da sociedade, mas sim a sua efetiva sujeição frente à ameaça de uma sanção de natureza econômica ou mesmo jurídica. Ele seria assimilável à figura da influência dominante⁷⁴ e poderia ser exercitável de diversas maneiras⁷⁵.

Foi a legitimação e consagração das diversas formas desse poder de controle que tornaram *possível e viável o desenvolvimento dos grupos societários*, possibilitando a coordenação estratégica e coesão econômica (*unidade econômica*) de diversas unidades empresariais com personalidades jurídicas próprias (*pluralidade jurídica*) (ANTUNES, 2005, p. 36):

Em suma, pode-se concluir que os grupos de sociedades se afirmaram como a principal técnica jurídica de organização da atividade empresarial contemporânea, fundamentalmente, em virtude de sua capacidade de aliar a necessidade de contínua expansão e concentração às exigências de flexibilidade e diversificação funcional, setorial e geográfica impostas pela economia globalizada.

Em razão da diversidade jurídica, o grupo permite a adoção de múltiplas estruturas organizacionais, em escala mundial, capazes de rápidas modificações (inclusive, desmobilização de capitais), segundo os desejos dos mercados consumidores, com limitação dos riscos à órbita de cada unidade.

Em razão da unidade econômica, o grupo propicia a concentração do poder empresarial, indispensável à obtenção de economias de escala, para o investimento em pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos para arcar com os altos custos de distribuição e de publicidade, em escala mundial (MUNHOZ, 2002, p. 132).

Dentre esses instrumentos de exercício desse poder de controle, destaca-se a chamada participação *intersocietária*, ou seja, a participação acionária de uma sociedade no capital da outra. Inicialmente tida como juridicamente impossível (ANTUNES, 2005, p. 50),

companhia com ações de seu capital e participações sociais recíprocas; transferência temporária ou fiduciária de ações; convenções de voto propriamente ditas e organização da captação de poderes procuratórios para o voto em assembleia – *proxy machinery*) (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 145 e 199 especialmente).

⁷⁴ Esclareça-se, como pontuado por Eduardo Secchi Munhoz, que a influência dominante, para ser entendida como poder de controle externo, “[...] precisa se estender a toda a atividade empresarial da sociedade subordinada e apresentar uma base estrutural. Uma influência eventual, decorrente de fatos fortuitos, conjunturais, não se confunde com controle externo” (MUNHOZ, 2002, p. 228). Também Eduardo Secchi Munhoz ressalta as diversas relações contratuais, entre as sociedades, que geram controle externo nos mais diversos graus e que se apresentam de maneira bem mais dinâmica que as participações societárias, circunstância essa que imporia o fundamental reconhecimento positivo dessas modalidades de controle externo (MUNHOZ, 2002, p. 130).

⁷⁵ Exemplos de modos para o exercício desse controle externo seria a hipótese de um credor frente à situação de difícil endividamento da sociedade (v.g. a situação do denominado sócio oculto, entendido como “[...] alguém que exerce, sem contrato ou vínculo social oficialmente reconhecido, uma autêntica atividade empresarial, em colaboração com um comerciante ostensivo, pessoa física ou jurídica” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p.79); nas sociedades dependentes economicamente (como aquelas em que o Estado é o principal ou único comprador); em certas relações contratuais que permitem a sujeição de uma sociedade a outra (contratos de franquia, de representação, de concessão mercantil ou de transferência de tecnologia, por exemplo); ou nas hipóteses de intervenção estatal em empresas privadas (intervenção administrativa ou liquidação extrajudicial de instituições financeiras – Lei Federal nº 6.024/76).

foram essas participações intersocietárias extremamente relevantes para a caracterização da crise do modelo das sociedades comerciais (empresa societária), isso na medida foi possível a *conjugação, em uma mesma pessoa jurídica, de mais de um interesse social*:

Nessa medida, o fato de uma sociedade ser sócia da outra significa sempre, em maior ou menor grau, uma conjugação estrutural de interesses sociais diversos, abrindo uma potencial crise no arquétipo de sociedade isolada e autônoma, sobre a qual se edifica o direito societário vigente. Era essa a razão pela qual os legisladores, juristas e juízes do século passado, tanto do common law quanto do civil law, viram na participação intersocietária uma anomalia, algo que desvirtuaria o modelo societário. Foram os imperativos econômicos que levaram a uma mudança legislativa sobre a matéria, em fins do séc. XIX (MUNHOZ, 2002, p. 104).

Essas participações de uma sociedade em outra se ligam à figura jurídica das *holdings*, ou seja, das sociedades que tem por objeto social (exclusivamente ou não) a participação acionária em outras sociedades. Autorizadas como regra geral só a partir no ano de 1888 no Estado de Nova Jersey, só a partir do final do séc. XIX é que as *holdings companies*, foram sendo gradativamente autorizadas nas diversas ordens jurídicas, tanto nas do “*common law*” quanto naquelas de *civil law*” (MUNHOZ, 2002, p. 106; ANTUNES, 2005, p. 63, Nota 134), isso a ponto de consagrar-se como o principal (mas não o único) mecanismo de estabelecimento de vínculos entre sociedades: “É interessante notar que a participação intersocietária enraizou-se a tal ponto no pensamento jurídico que, se há pouco mais de cem anos, era considerada uma anomalia, hoje não gera perplexidade” (MUNHOZ, 2002, p. 107).

O desenvolvimento das técnicas desse poder de controle, dentro dos grupos societários, não ficou restrita às participações intersocietárias (controle interno), abrangendo instrumentos da mais variada natureza (controle externo):

Semelhantes mecanismos de controlo intersocietário, da mais variada natureza, são hoje inumeráveis, englobando instrumentos de natureza financeira – ‘maxime’, participações intersocietárias de capital –, de natureza organizativa – desde as consabidas divergências legais ou estatutárias à regra da proporcionalidade entre capital e voto (v.g., acções preferenciais sem voto, acções com voto duplo, cumulativo ou plural, ‘golden shares’, cláusulas oligárquicas), até aos acordos parassociais (‘voting trusts’, ‘Stimmenrechtsbindungsverträge’, ‘patti parasociali di voto’) e às procurações de voto (‘proxy rights’, ‘Depotstimmrecht’) –, de natureza contratual – designadamente, os chamados ‘contratos de empresa’, v.g., os destinados a assegurar o domínio entre sociedades (‘Beherrschungsverträge’, ‘contrat d’affiliation’, ‘contrato de subordinação’, ‘convenção de grupo’) ou a transferência dos seus resultados financeiros (‘Gewinnabführungsverträge’, ‘profit pools’, ‘convenção de atribuição de lucros’) –, de natureza pessoal – ‘maxime’, a identidade dos indivíduos que compõem a estrutura accionista ou os órgãos de administração de duas ou mais sociedades (‘interlocking board directorates’, ‘personelle Verflechtungen’, ‘vincoli personali’, ‘unions personnelles’) –, ou até de

natureza puramente fáctica (v.g., contratos de direito civil e comercial comum, posições estratégicas de mercado).

Em suma, o controlo intersocietário constitui o princípio energético da nova realidade empresarial multissocietária, constituindo o seu ‘crucial point’ (HOOD/YOUNG), o seu ‘substantial axle’ (WALLACE) ou o seu ‘vital link’ (BLUMBERG). Não fora a consagração legal de tais mecanismos, os grupos societários, mas do que simplesmente condenados à clandestinidade, seriam hoje um fenómeno verdadeiramente impensável. (ANTUNES, 2005, p. 36).

A extensão desses meios para o exercício de poder de controle permite a criação de grupos com maiores (ou menores) graus de unidade económica. Doutrinariamente, ao lado dos chamados *grupos de subordinação* (efetivamente marcados pelo *poder de controle* de uma sociedade sobre as demais, os quais têm sua atuação determinada por uma vontade e interesses a ela externos), também existiriam os chamados *grupos de coordenação* (nos quais prevalece não uma relação de sujeição, mas sim de cooperação entre elas, relação essa que pressupõe uma mínima direção administrativa em comum e que pode ser qualificada como *direção unitária*) (MUNHOZ, 2002, p. 107).

Em direito comparado, a recepção desses grupos societários (especialmente quanto à questão da responsabilidade) pode ser classificados em três grupos fundamentais: a) sistema norte-americano da autonomia societária (*entity law approach*); b) sistema europeu da unidade empresarial ou modelo orgânico (*enterprise approach*) e c) sistema alemão dualista ou modelo contratual (*dualist approach*) (ANTUNES, 2005, p. 38; MUNHOZ, 2002, p. 263).

Segundo o sistema norte-americano da autonomia societária (*entity law approach*), haveria que se manter a primazia da autonomia das sociedades como entes juridicamente independentes, como ocorre no modelo das sociedades comerciais (empresa societária). Somente em casos excepcionais (sobretudo ligados à proteção de minorias societárias e de credores) é que essa regra da autonomia societária poderia ser afastada, isso mediante a *desconsideração da personalidade jurídica* das sociedades envolvidas (*disregard of the corporate entity, piercing the corporate veil*). Por sua ampla difusão, seja entre os países do “*common law*” como entre os de “*civil law*”, a questão da desconsideração da personalidade jurídica demandará maiores considerações posteriormente⁷⁶.

⁷⁶ Vide item 2.4, Direito Divorciado da Realidade Económica: Crise da Pessoa Jurídica em Direito Societário, Desconsideração da Personalidade Jurídica e Inadequação das Estruturas do Modelo da Empresa Societária. Contra a doutrina de desconsideração da personalidade frequentemente se levanta a crítica contra seu carácter casuístico e assistemático, que não tornaria possível uma delimitação clara entre quais seriam os casos “*normais*” (nos quais prevaleceria a regra geral da autonomia societária) e quais seriam os casos “*excepcionais*” (nos quais prevaleceria a exceção da desconsideração). Sintoma dessa repulsa à sistematização seria a constatação de que essa desconsideração é veiculada por uma “[...] pensamento jurisprudencial envolto numa espécie de nebulosa de metáforas de valor puramente literário ou, quando muito, tentativamente reconduzidos a constelações de casos destituídos de verdadeira unidade intrínseca” (ANTUNES, 2005, p. 41).

Já o sistema europeu da unidade empresarial ou modelo orgânico (“*enterprise approach*”) parte do pressuposto diametralmente oposto ao do sistema anterior, ou seja, considera o grupo societário como uma verdadeira *empresa unitária*. Nele, a sociedade dominante (aquela que exerce seu poder de controle) também é aquela que tem o dever responder pelas dívidas das sociedades dominadas, especialmente quanto aos minoritários e credores destas últimas sociedades. Este sistema foi consagrado inicial (e unicamente) no Projeto da 9ª diretiva da União Europeia para grupos de sociedades, de 1970 (ANTUNES, 2005, p. 42; MUNHOZ, 2002, p. 267) e parte do conceito-chave da *definição jurídica de grupo*, os quais teriam como requisitos para sua configuração a *influência dominante* e a *direção unitária*, conceitos esses que, no entanto, não merecerem maiores delimitações (ANTUNES, 2005, p. 43; MUNHOZ, 2002, p. 268).

Assim, apesar de representar um modelo reconhecedor da realidade do poder de controle no direito societário contemporâneo, também esse modelo padeceria de *insegurança jurídica* (definição extremamente vaga de grupo) e *rigidez* (o regime seria aplicável a qualquer grupo, independentemente se o poder de controle estivesse sendo efetivamente exercido, ou não, também não importando se ele fosse em benefício da sociedade dominante ou das dominadas) para sua aplicação: “Assim, se o modelo clássico implica que o titular do poder empresarial é isento de responsabilidade (*power without liability*), o modelo orgânico poderia servir à atribuição de responsabilidade a quem não tem poder (*liability without power*)” (MUNHOZ, 2002, p. 272).

Por fim, segundo o sistema alemão dualista ou modelo contratual (“*dualist approach*”), os grupos societários seriam divididos em dois tipos: a) *grupos de direito* ou grupos contratuais, em que a direção unitária do grupo vem juridicamente formalizada em um *contrato de domínio*, e em que esse poder de controle da sociedade dominante vem contrabalançado por alguns deveres perante essas sociedades dominadas (v.g. dever de cobertura de suas perdas anuais e, em certos casos, responsabilidade ilimitada e solidária por suas dívidas); b) *grupos de fato*, em que o poder de controle decorre de outro instrumento (participações intersocietárias, acordos parassociais, uniões pessoais ou relações econômicas de dependência), e cujo funcionamento se dá nos moldes do modelo das sociedades comerciais (empresa societária) (ANTUNES, 2005, p. 45).

Foi esse o modelo adotado pela lei acionária alemã de 1965 (ANTUNES, 2005, p. 45; MUNHOZ, 2002, p. 272) e que influenciou a legislação acionária brasileira (Lei 6.404/76, Capítulos XX e XXI). Também recebe severas críticas em razão de sua ineficiência, já que a qualificação dos grupos de direito ficaria ao alvedrio das partes interessadas e vinculada a

uma mera formalidade artificial (contrato de domínio) e não ao efetivo funcionamento do grupo societário (ANTUNES, 2005, p. 46):

Em todos esses sistemas, portanto, não se conseguiu reconstituir o princípio da correspondência entre poder empresarial e responsabilidade, levando a resultados incompatíveis com os objetivos da lei societária. No sistema da *entity law approach*, configura-se o poder empresarial nos grupos, sem que sejam atribuídos ao seu titular os respectivos deveres e responsabilidades (*power without liability*). Na *enterprise approach*, a disciplina se orienta no sentido diametralmente oposto, podendo levar à atribuição de deveres e responsabilidades a quem não é titular do poder empresarial (*liability without power*). Já o sistema dualista tenta estabelecer um regime flexível, procurando atribuir deveres e responsabilidades a quem tem o poder empresarial (grupos de direito) e não os atribuir a quem dele não é titular (grupos de fato), mas estabelece um critério formalista – celebração de contratos nominados - , que não se baseia na realidade empresarial dos grupos e, o que é pior, deixa à vontade dos próprios interessados a aplicação das normas concernentes *ao power without liability* (grupos de direito) (MUNHOZ, 2002, p. 287).

2.4 Direito divorciado da realidade econômica: crise da pessoa jurídica em direito societário, desconsideração da personalidade jurídica e inadequação das estruturas do modelo da empresa societária

Conforme se pode concluir da exposição acima, as estruturas jurídicas oferecidas para a organização das atividades empresariais, segundo os três modelos apresentados, possuem consideráveis diferenças entre si e podem ser resumidas conforme Quadro 3 a seguir:

Quadro 3 - Modelos de estruturas jurídicas da empresa (empresa individual, empresa societária e empresa plurissocietária).

	Modelo da empresa individual (direito dos comerciantes)	Modelo da empresa societária (direito das sociedades empresárias)	Modelo da empresa plurissocietária (direito dos grupos de sociedades)
Relação elemento socioeconômico X elemento jurídico	empresa = indivíduo	empresa = uma sociedade	empresa = várias sociedades (unidade econômica e diversidade jurídica)
Regime de responsabilidade	responsabilidade ilimitada	responsabilidade ilimitada (sociedades de pessoas) responsabilidade limitada (sociedades de capitais)	responsabilidade limitada (sociedades de capitais)
Regime do nexo entre poder e responsabilidade	existe o nexo entre poder e responsabilidade	início da quebra do nexo entre poder e responsabilidade (sociedades de capitais)	quebra do nexo entre poder e responsabilidade (grupos de sociedades)
Poder de controle	não existe poder de controle	regra geral: sociedades de pessoas → poder de controle restrito à estrutura organizacional (sócios = administradores) exceção: sociedades de capitais → poder de controle não necessariamente coincidente com a estrutura organizacional (sócios ≠ administradores)	sociedades de capitais → poder de controle não necessariamente coincidente com a estrutura organizacional (sócios ≠ administradores)
Relação empresa X personalidade jurídica (subjetividade jurídica)	empresa individual é sujeito de direito (empresa individual possui personalidade jurídica própria)	empresa societária é sujeito de direito (empresa societária possui personalidade jurídica própria)	empresa plurissocietária não é sujeito de direito (grupo de sociedades não possui personalidade jurídica própria)

Fonte: Elaboração do autor

Apesar da possibilidade de coexistência entre as formas jurídicas de organização das atividades empresariais⁷⁷, merece destaque aqui a constatação de que, se as atividades empresariais se desenvolveram ao longo do séc. XX mais sob a forma de grupos societários, as disposições de direito societário ainda se encontram sob as formas de organização típicas do modelo das sociedades empresárias.

Nesse descompasso - em que o direito positivo ainda é baseado no modelo das sociedades empresárias (sociedade autônoma isolada e com personalidade jurídica própria, com sócios gozando de responsabilidade limitada), mas em que a atividade econômica subjacente se desenvolve primordialmente segundo a dinâmica dos grupos societários (unidade econômica aliada à pluralidade jurídica das sociedades do grupo) - não é de se estranhar que há algum tempo se debata sobre a *crise da noção de pessoa jurídica*.

Como sintoma (e reação) a essa crise é que se pode colocar a já referida *desconsideração da personalidade jurídica*⁷⁸ que, em termos gerais, pode ser entendida “(...) como a derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjectiva e/ou patrimonial da pessoa colectiva em face de seus membros” (ABREU, 1999, p. 205).

Corrêa de Oliveira (1933-1987) expunha, no seu “Dupla Crise da Pessoa Jurídica”, que a noção de pessoa jurídica passava por uma crise em dois aspectos: uma crise de *função* e outra crise de *sistema*.

Apesar de reconhecer que personalidade jurídica e responsabilidade limitada dos sócios não são realidades necessariamente coincidentes, J. L. Corrêa de Oliveira reconhece a histórica ligação entre ambas e esclarece que *crise de função* estaria ligada à constatação de que, relativamente às sociedades comerciais, a personalização estaria sendo utilizada para fins contrários às razões que normalmente determinariam a criação de uma pessoa jurídica:

Na verdade, o que as páginas seguintes irão demonstrar é a existência de uma crise de função da pessoa jurídica de Direito Privado. De modo especial, da função das sociedades e, de modo ainda mais especial, das anônimas e das por quotas de responsabilidade limitada. Não se trata de uma simples alteração de necessidades levando à utilização do instituto para necessidades novas, não previstas pelo legislador. Tal fenômeno é sempre possível, desde que as novas necessidades e sua satisfação guardem relação de conformidade com os grandes princípios informadores do ordenamento jurídico. Trata-se, ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios

⁷⁷ Vide item 2.2.1, Modelo da Empresa Societária, Sociedades Anônimas e Início da Ruptura do Nexo entre Poder e Responsabilidade.

⁷⁸ Originada da prática jurisprudencial no sistema do “*common law*” (*Bank of United States v. Devaux*, de 1809, nos Estados Unidos, e *Salomon v. Salomon*, de 1897, na Inglaterra), a desconsideração da personalidade jurídica mereceu seu primeiro tratamento sistemático teórico de maior amplitude, no sistema do “*civil law*”, só em 1950, ano em que Rolf Serick (1922-2000) publicou sua obra “*Rechtsform und Realität Juristischer Personen*” (“Forma e Realidade da Pessoa Jurídica”) (MUNHOZ, 2002, p. 148).

básicos. E da reação que os tribunais desenvolveram através de um conjunto de julgados que tiveram por ponto em comum uma espécie de suspensão de vigência – para o caso concreto de julgamento – do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. Esse fenômeno é conhecido pelo pensamento jurídico moderno pelas expressões ‘desconsideração’ da pessoa jurídica (tradução aproximada da expressão norte-americana ‘disregard of legal entity’) ou ‘penetração’ da pessoa jurídica (aproximada tradução do alemão ‘Durchgriff’). (OLIVEIRA, 1979, p. 262).

Como reflexo dessa crise de função, a desconsideração da personalidade jurídica abrangeria hipóteses em que a personalização tivesse sido utilizada para fins contrários àqueles que usualmente determinam a criação de uma pessoa jurídica (estabelecimento de uma estrutura patrimonial e organizacional autônoma do ente coletivo).

Duas linhas mestras que foram seguidas, nos sistemas de “civil law”, por essas teorias da desconsideração⁷⁹. Para a *teoria unitarista (ou subjetiva)*⁸⁰, a desconsideração teria lugar toda vez que, de *modo voluntário* (fraude à lei ou abuso no exercício de direito individual), a pessoa jurídica não atendesse à função legalmente a ela determinada (separação entre ente coletivo e seus sócios e/ou estabelecimento de responsabilidade limitada dos sócios), sendo que a desconsideração atuaria sempre de modo igual, não importando o tipo de pessoa jurídica. Já pelas chamadas *teorias objetivas*, a desconsideração da personalidade se daria segundo critérios de *abuso de instituto* ou de *desvio de função*, isso feito independentemente de aferição de elemento subjetivo⁸¹.

Para Comparato e Salomão Filho a desconsideração da personalidade se fundamenta no desrespeito às funções da personalização jurídica (estabelecimento de uma estrutura patrimonial e organizacional autônoma do ente coletivo). Tanto seria assim que a

⁷⁹ “A problemática da ‘desconsideração’ desabrochou na jurisprudência norte-americana no princípio deste século. Mas foi sem dúvida na doutrina alemã do pós-2ª guerra mundial que ela ganhou consistência teórica. ‘A dogmática alemã do *Durchgriff* ainda vive hoje na controvérsia entre Serick e Müller-Freinfels’. Basicamente, a afirmação parece verdadeira – o primeiro dos citados autores abriu caminho às ‘teorias do abuso’, o segundo inaugurou a ‘teoria da aplicação da norma’ (ou ‘do fim da norma’). Nas teorias do abuso há que se assinalar as variantes subjectiva e objectiva: para a teoria do abuso subjetivo (fundada por Serick), o *Durchgriff* exige um subjetivo (intencional) abuso da ‘forma jurídica’ da pessoa colectiva – há abuso quando com a ajuda da pessoa colectiva são eludidas ou contornadas disposições legais ou deveres contratuais ou prejudicados fraudulentamente terceiros; para a teoria do abuso objectivo ou institucional, justifica-se o *Durchgriff* quando o ‘instituto jurídico’ – pessoa colectiva (que possui limites imanescentes) é utilizado de modo contrário à sua função ou fim, em desconformidade com o ordenamento jurídico (quando há um ‘abuso de instituto’). A teoria da aplicação da norma (que também conhece cambiantes) defende que os concretos problemas do *Durchgriff* se resolvem tomando em conta o sentido e finalidades das normas (no quadro do ordenamento jurídico geral) cuja aplicação a esta ou àquela pessoa colectiva se discute” (ABREU, 1999, p. 206).

⁸⁰ Foi a linha adotada por R. Serick na obra já referida, Cf. Oliveira (1979, p. 299); e Munhoz (2002, p. 152).

⁸¹ “Vê a pessoa jurídica como instituição da ordem jurídica e econômica contida por limites imanescentes. A transposição de tais limites configuraria abuso do instituto, e esse abuso seria determinável por critérios objetivos” (OLIVEIRA, 1979, p. 296). Essa orientação é a prevalente na atualidade e é aquela adotada por J. L. Corrêa de Oliveira e F.K. Comparato (MUNHOZ, 2002, p. 153).

personalidade de um ente coletivo seria desconsiderada sempre que, em sua estrutura organizacional, não estivesse presente um elemento-chave para sociedade comercial - o poder de controle empresarial: “Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 355).

Ou seja, para Comparato e Salomão Filho, a desconsideração estaria ligada ao desvio *de função* (ou da finalidade) da personalização, o qual poderia ocorrer com ou sem ato ilícito (daí a inadequação das figuras de abuso de direito subjetivo ou de fraude à lei):

O verdadeiro critério parece-nos ligado à interpretação funcional do instituto, decisiva nessa matéria, como acima frisamos. Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesses autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica e, ainda, dentro de cada categoria, de coletividade a coletividade, em razão de seus atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais.

A desconsideração da personalidade jurídica é operada com consequência de desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. Daí porque não se pode cogitar da sanção de invalidade, pela inadequação de sua amplitude, e sem de ineficácia relativa (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 356).

Em que pesem as contrariedades⁸² entre ambos, Corrêa de Oliveira também acaba por concordar com Comparato e Salomão Filho quando estes vinculam a desconsideração ao descumprimento das funções ordinariamente atribuídas às pessoas jurídicas:

As técnicas de disregard ou de Durchgriff são o mais agudo sintoma de crise de função. Elas denunciam a existência de um desvio do instituto – da função que lhe foi assinalada pelo legislador. E, ao mesmo tempo, visam evitar – principalmente aos servirem de inspiração à interpretação de normas legais específicas – o surgimento concreto de novos casos de desvio (OLIVEIRA, 1979, p. 608).

Mas, além de sintoma dessa *crise de função*, a desconsideração também refletiria a denominada *crise de sistema* da noção de pessoa jurídica, acarretada justamente pela noção de “*grupo societário*”, o qual “[...] faz surgir um quadro de realidades jurídico-sociais que não correspondem à situação ‘normal’ ou ‘típica’, de uma pessoa jurídica” (OLIVEIRA, 1979, p. 591).

⁸² Corrêa de Oliveira aponta, ao longo de sua obra, diversas divergências à concepção da realidade técnica da pessoa jurídica adotada por F. K. Comparato (OLIVEIRA, 1979, p. 3-4, 22-23 e 550-554).

Ao analisar determinado julgado proferido, em 1971, pela Comissão das Comunidades Europeias, sobre caracterização de abuso de poder dominante⁸³, Oliveira expôs que essa desconsideração por conta de poder de controle acionário seria bem mais profunda que um desvio pontual de função; ela representaria um sério questionamento do sistema como um todo:

Poder-se-á à primeira vista ter impressão de que o exemplo que vem de ser dado seria mero caso de *desconsideração*. Se assim fosse, a solução teria ficado restrita ao terreno da crise de função, pois uma das características das técnicas de *penetração* ou *desconsideração* consiste justamente em evitar que a crise alcance o *sistema*: pois que se ignora, no caso concreto, a autonomia da pessoa jurídica sem que, porém, fora do caso concreto, seja posto em dúvida qualquer aspecto da ortodoxia jurídica na matéria. Sucede, porém, que a *desconsideração* no caso *Continental Can* teria por fundamento a *mera circunstância de controle*, sem que se tivesse de demonstrado qualquer confusão patrimonial ou qualquer outro dos habituais fundamentos do *disregard*. Ora, *desconsiderar* a pessoa jurídica *controlada*, imputando seu comportamento à controladora, e fazendo-o na mera circunstância do controle, é mais que *desconsiderar*: é já por em dúvida o próprio *sistema*, no que tange à asserção, contida em seu âmbito, e segundo a qual a criação do grupo de sociedades não afeta o quadro das pessoas jurídicas, já que nem extingue a personalidade das sociedades que se integram no grupo, nem faz surgir a do próprio grupo (OLIVEIRA, 1979, p. 594 – os grifos são do original).

Comparato e Salomão Filho são claros ao colocar a grande distância existente entre a realidade econômica dos grupos societários e o direito positivo que a elas se refere, especialmente pelo esgotamento do *arquétipo ideal* do *modelo das sociedades empresárias* (sociedade autônoma isolada e com personalidade jurídica própria, com sócios com responsabilidade limitada):

[...] O processo de concentração econômica universal é inelutável e passa, necessariamente, pelo grupo de empresas. O direito encontra-se, aí, divorciado da realidade econômica, pois enquanto a unificação econômica – até mesmo a nível mundial – já está sendo feita há várias décadas, a técnica de personalidade jurídica das sociedades isoladas permanece em princípio intangível. Os juristas continuam, portanto, trabalhando sobre o átomo, sem considerar as moléculas (COMPARATO; SALOMÃO FILHO 2008, p. 358).

Assim, as repercussões dos grupos de sociedades, sob esse modelo vigente em direito societário (modelo da sociedade empresária), são tão profundas que acabam por representar uma clara crise de sistema, já que o modelo em si mesmo não consegue apreender a realidade econômica.

⁸³ Esse caso de abuso de poder dominante teria se dado por parte de uma sociedade norte-americana (*Continental Can Company*) que, apesar de já deter indiretamente (por intermédio de sua subsidiária integral *Europemballage*) o controle acionário de uma sociedade alemã (*Shmalbach Lubeca Werke – S.L.W.*), ainda assim adquiriu indiretamente (também por meio de sua subsidiária integral *Europemballage*) o controle de outra empresa do mesmo setor econômico (sociedade holandesa *T.D.V.*).

Tratar-se-ia, assim, de um direito divorciado da realidade, como bem sumariado por Eduardo Secchi Munhoz:

Ao afetar gravemente as estruturas patrimonial e organizacional autônoma, nas quais se assenta a sociedade isolada personificada, com responsabilidade limitada, o fenômeno dos grupos abre uma crise sem precedentes no modelo societário. O divórcio entre o direito e a realidade chegou, nesse campo, a um nível jamais imaginado, a ponto de poder se afirmar que, em relação aos grupos, tudo se passa de maneira diferente.

O patrimônio separado, que caracteriza a sociedade isolada, deu lugar a um conjunto de ativos e passivos transferidos livremente segundo os interesses do grupo, sem o menor respeito à fronteira das personalidades jurídicas das sociedades. Ocorre, assim, uma total dissociação entre o patrimônio e os riscos do negócio, beneficiando-se o grupo das vantagens econômicas da livre transferência de recursos e, ao mesmo tempo, da limitação de responsabilidade a cada unidade jurídica e patrimonial que o compõe.

A organização autônoma, que explicava o processo de decisão e de estruturação do poder empresarial, foi posta de cabeça para baixo, gerando uma situação de total desequilíbrio entre o exercício do poder e a atribuição de responsabilidade. O poder de determinar a condução da atividade das sociedades filiadas e, ao mesmo a gestão administrativa quotidiana destas, no caso de grupos centralizados, não são exercidos a partir de nenhum dos órgãos de sua própria estrutura, mas são emanados externamente da estrutura organizacional da sociedade dominante ou de um órgão comum do grupo. O interesse da sociedade, noção central do modelo societário vigente, é substituído pelo interesse do grupo, alterando profundamente a definição dos deveres e responsabilidades do controlador e dos administradores, no que respeita à proteção dos minoritários e dos terceiros que se relacionam com a sociedade (MUNHOZ, 2002, p. 146).

Eduardo Secchi Munhoz também ressalta a inadequação das técnicas de desconsideração da personalidade jurídica para tratar das questões referentes aos grupos societários, já que eles referem a hipóteses em que a disfunção da pessoa jurídica não é tópica e eventual (crise de função), mas sim estrutural (crise de sistema):

Em suma, o que se pretendeu demonstrar, no presente capítulo, é que os grupos de sociedades não precisam da teoria clássica de desconsideração da personalidade, aplicada de maneira casuística, com o objetivo de restabelecer justamente os princípios e objetivos do ordenamento que se mostram incompatíveis com a estrutura sócio-econômica das formas atuais de organização da atividade empresarial. Na verdade, os grupos de sociedades precisam é de um direito próprio, aderente à realidade empresarial, de tal forma que a doutrina da desconsideração, em vez de encontrar nesse fenômeno um dos seus maiores focos de aplicação, volte ao leito da excepcionalidade, atuando como remédio apto a enfrentar abusos de direito, fraudes e desvios de finalidade, identificados em casos específicos (MUNHOZ, 2002, p. 177).

Apesar dessa crise estrutural da noção de pessoa jurídica, cumpre ressaltar que é ainda amplamente vigente, em direito privado como um todo (inclusive no direito societário brasileiro), o *arquétipo ideal do modelo das sociedades empresárias*, isto é, da sociedade autônoma isolada e com personalidade jurídica própria, com sócios com responsabilidade

limitada. Assim como nos casos de desconsideração, também as hipóteses legislativamente reconhecidas⁸⁴, de inobservância do dogma da autonomia das sociedades, também constituiriam meras exceções à regra geral do modelo da empresa societária.

Ainda não estando minimamente estabilizado institucionalmente um modelo alternativo⁸⁵, cumpriria ter-se plena consciência dessas deficiências do modelo societário atualmente vigente no Brasil (empresa societária). Eduardo Secchi Munhoz resume tais deficiências em dois pontos principais: a) recusa em se reconhecer que nem sempre uma sociedade (unidade jurídica) necessariamente corresponde a uma empresa (unidade sócio-econômica) e b) insistência em se procurar o poder de controle empresarial nos órgãos societários:

Essa separação entre direito e realidade econômica parece decorrer de dois princípios, intimamente relacionados, que o modelo societário reluta em abandonar, talvez em prol de uma segurança jurídica que, no entanto, tornou-se ilusória, na medida em que leva a soluções inadequadas. Primeiro, a vinculação entre sociedade personificada e empresa, ou seja, a recusa em reconhecer a separação entre a unidade jurídica (sociedade) e a unidade econômica (empresa). Segundo, a busca a identificação do poder de controle em um dos órgãos societários. Note-se que o

⁸⁴ No Brasil, sintomas dessa crise da pessoa jurídica (seja como crise de função, seja como crise de sistema) já vêm sendo incidentalmente consagrados em alguns dispositivos legais. A Consolidação das Leis do Trabalho (DL 5.452/43) determina que todas as empresas componentes do grupo econômico respondem solidariamente pelas dívidas trabalhistas (art. 2º, §2º). O CTN (Lei 5.172/76) determina que os sócios, em caso de liquidação de sociedades de pessoas, devam responder pessoalmente pelas obrigações da sociedade nos atos em que intervierem ou decorrentes de omissões a eles imputáveis (art. 134, VII), bem assim quando determina a responsabilidade pessoal dos diretores gerentes e representantes de pessoa jurídica de direito privado nas hipóteses de abuso (excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos – art. 135, III).

O art. 158 da LSA (Lei 6.404/76) determina, como regra geral, que o administrador não responde civilmente pelas obrigações firmadas em nome da sociedade e decorrentes de atos normais de gestão, mas que ele deve responder pessoalmente pelos prejuízos que causar quando, dentro de suas atribuições, atuar com dolo ou culpa, ou na hipótese de violação de lei ou estatuto da sociedade.

O primeiro expresso reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica se deu com o Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8.078/90), prevendo-o nas hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, infração à lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, e ainda nas hipóteses de falência, insolvência, encerramento ou inatividade decorrentes de má administração (art. 28). Disposição assemelhada foi consagrada pelo próprio novo Código Civil brasileiro - CC/2002 (Lei 10.404/02) que previu a desconsideração na hipóteses de abuso decorrentes de desvio de finalidade ou confusão patrimonial (art. 50).

A Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) previu a desconsideração nas hipóteses em que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente (art. 4º).

A Lei 12.529/11 repetiu o regramento anterior (Lei 8.884/94, arts. 15 e 18) e previu que as infrações administrativas contra a ordem econômica aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE independentemente da existência de formal personalidade jurídica (art. 31) e que a desconsideração ocorrerá nas hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem assim nos casos de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (art. 34).

Por fim, a chamada Lei Anticorrupção (Lei 12.446/13) previu que as infrações administrativas contra a administração pública poderão ser aplicadas independentemente da existência de formal personalidade jurídica (art. 1º, parágrafo único) ou de mudanças na formal personalidade jurídica dos entes coletivos (art. 4º).

⁸⁵ Vide item 2.3, Modelo da Empresa Plurissocietária (Direito dos Grupos Societários).

segundo fator está intimamente ligado ao primeiro, pois, não fosse a vinculação da sociedade com a empresa, não haveria maior dificuldade em reconhecer que o poder empresarial não se encontra ligado necessariamente à estrutura organizacional de cada sociedade. (MUNHOZ, 2002, p. 216).

Há de se esclarecer que a manutenção, no modelo societário atualmente predominante (modelo das sociedades empresárias), dessa necessária coincidência entre empresa-sociedade, tem duas repercussões relevantes ao objeto da presente pesquisa.

O primeiro deles diz respeito à *dificuldade de identificação do titular das atividades empresariais*, ou seja, de quem efetivamente explora determinada atividade econômica e que, justamente por isso, deveria ser impelido a atuar segundo determinados critérios definidos em sede de poder de polícia administrativa (ou direito administrativo ordenador)⁸⁶.

Com essa ênfase em critérios meramente formais para definição de quem é o detentor do poder de controle empresarial (ou seja, como se ele fosse identificável unicamente dentro da própria estrutura societária), o atual modelo de direito societário acaba por “[...] atribuir deveres e responsabilidades àqueles que, de fato, não detém poder empresarial” (MUNHOZ 2002, p. 216) e, ao revés, também deixa de atribuir tais deveres e responsabilidades àqueles que efetivamente detém e utilizam esse poder de controle empresarial. Não se trata de uma questão meramente teórica, mas de repercussões imprescindíveis à efetividade do sistema como um todo. No dizer de Comparato e Salomão Filho (2008, p. 139):

Ora, se a atividade econômica é nucleada sobretudo na empresa, privada ou estatal, não se pode deixar de reconhecer que o cumprimento dos deveres constitucionais assinalados só pode ser logicamente atribuído, no seio da empresa, a um sujeito pessoalmente responsável. Esse sujeito, como é óbvio, é o titular do comando empresarial, o empresário.

A identificação do empresário, numa economia dominada pelas macroorganizações e grupos societários, apresenta-se, assim, como um problema jurídico de relevante alcance prático e não simples teorema doutrinário. Dele depende a efetividade do sistema constitucional, que já se não limita a desenhar, estaticamente, os elementos componentes da arquitetura estatal, mas impõe os objetivos a serem atingidos pela sociedade como um todo.

A segunda repercussão, intimamente ligada à primeira, diz respeito à constatação de que, em razão da *quebra do nexo entre poder e responsabilidade* ocorrida no modelo

⁸⁶ Como já referido anteriormente, é possível a veiculação de penalidades administrativas tanto pelas categorias tradicionais de poder de polícia quanto por aquelas do direito administrativo ordenador – Vide item 1.3.1.2, Direito Administrativo de “Adaptação Pragmática” das Categorias Tradicionais e Direito Administrativo Ordenador.

societário vigente, são várias as tentativas de tentar restabelecê-lo, isso ainda que feito de modo assistemático⁸⁷.

Essa é a razão, apontada por Comparato e Salomão Filho (2008, p. 434), para as tentativas de responsabilização do detentor do poder de controle pelas dívidas das sociedades dominadas:

Da verificação de tais fatos, resulta a ideia recorrente, no direito moderno, da atribuição de responsabilidade ao titular do poder de controle, pelas dívidas da sociedade controlada, ou a negação, em casos excepcionais, do princípio da rígida separação patrimonial entre sociedade anônima e os acionistas.

A tradicional responsabilidade dos administradores sociais por atos culposos, devidamente provados, transformou-se em responsabilidade com culpa presumida, vindo, finalmente, a dar lugar à responsabilidade dos que também exercem o controle. A antiga vinculação entre responsabilidade e poder de gestão transmutou-se numa relação entre responsabilidade e poder de controle.

Abre-se, com isso, mais um caso de dissociação subjetiva entre dívida e responsabilidade no direito moderno⁸⁸. A análise dualista da obrigação já havia demonstrado que, tanto do lado ativo da relação obrigacional, isto é, entre crédito e garantia, quanto do lado passivo, a vida jurídica oferecia exemplos de dissociação subjetiva. Algumas vezes, como na estipulação em favor de terceiro ou na representação necessária, o titular do crédito não era a mesma pessoa titular da garantia. Outras vezes, como na fiança, no aval ou no seguro de responsabilidade civil, alguém respondia por dívida alheia. No caso em exame, admitida a separação patrimonial consequente ao reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade anônima, a dívida da companhia passa a ser de responsabilidade pessoal do titular do poder de controle, assim como nas sociedades, ditas de pessoas, o sócio responde pelos débitos sociais. A dissociação subjetiva entre esses dois elementos passivos da relação obrigacional é absoluta, pois o responsável que paga não tem direito regressivo contra a sociedade. Mas é bem de ver que esse resultado só é admitido quando a sociedade é considerada insolvente com a abertura do processo de execução coletiva.

deve restar apontado que todas essas considerações sobre as sociedades comerciais, poder de controle e grupos societários, apesar de relativas à noção de pessoa jurídica em direito privado (especialmente em direito societário), também se refletem em disposições normativas de outros ramos jurídicos.

⁸⁷ Exemplos de tentativas (ainda que não sistematizadas) de restabelecimento desse nexo entre poder e responsabilidade podem ser apontados não só no direito privado, mas também em outros ramos jurídicos que se utilizam da noção de pessoa jurídica. Exemplo disso é a jurisprudência que se formou no CRSFN, em determinadas hipóteses, sobre a transferência de controle acionário de instituição financeira e sobre a incorporação societária - vide item 4.1, Sintomas da Crise do Modelo da Sociedade Empresária: Transferência Qualificada de Controle Acionário de Instituição Financeira e Incorporação Societária como Causa de Extinção da Punibilidade da Pessoa Jurídica Incorporada.

⁸⁸ Essa dissociação subjetiva entre sociedade anônima e seu controlador é ligada à distinção, consagrada pela pandectística alemã do séc. XIX, entre dever (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), distinção essa que também encontra paralelo na concepção kelseniana de pessoa jurídica, quando ela explica como os atos dos indivíduos (como órgão da corporação) são a ela atribuídos, como adiante se exporá (vide itens 3.1 – Modelos de Responsabilidade Jurídica, Responsabilidade Subjetiva e Personalidade das Penas e 3.2 – Modelo da Responsabilidade Objetiva da Pessoa Jurídica).

Eduardo Secchi Munhoz acertadamente lembra que “[...] o direito societário, tal como o direito civil, pode ser considerado, em certo sentido, como a lei geral sobre a empresa, vestindo-a com estruturas jurídicas próprias”, razão pela qual as considerações até agora feitas a esse respeito certamente “[...] podem exercer influência sobre outros ramos do direito, que utilizam conceitos de direito societário para identificar hipóteses de incidência das respectivas disciplinas, ou mesmo para a solução de questões objeto de sua tutela” (MUNHOZ, 2002, p. 312).

Tais problemas são percebidos nas estruturas dos grupos empresariais no Brasil. Apesar de a LSA haver adotado sistema dual ou contratual (distinção entre grupos de fato e grupos de direito), Viviane Muller Prado destaca “[...] que o modelo dual não funciona na realidade brasileira, na medida em que os grupos convencionais são praticamente inexistentes nas estruturas das grandes empresas” (PRADO, 2005, p. 15).

Essa predominância dos grupos societários de fato⁸⁹ também pode ser constatada no atual mercado financeiro brasileiro. Um levantamento das cem maiores instituições financeiras, feito a partir dos dados contábeis constantes do “*website*” do Banco Central, permite perceber uma clara prevalência dos chamados conglomerados bancários (conjunto de instituições financeiras que consolidam seus demonstrativos contábeis) sobre as instituições bancárias independentes (instituições financeiras que prestam suas informações contábeis de modo isolado e independente), conforme Quadro 4 a seguir:

⁸⁹ Esclareça-se que por conta dessa inexpressividade, no direito brasileiro, dos grupos de direito (regidos por uma convenção grupal), é que ao longo do presente texto utilizou-se a expressão grupo societário como sinônimo de grupo societário *de fato* (isto é, exercido pelo poder de controle): “A Lei 6.404/76 (Lei das S.A.) disciplinou pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico os grupos societários de forma sistemática. Adotou o modelo dual, no qual os grupos podem ser de direito ou de fato. Os grupos de direito constituem-se mediante convenção grupal firmada pelas sociedades que o formam e, em virtude de contrato, é legitimada a unidade econômica de todas elas. Já os grupos de fato decorrem do mero exercício do poder de controle, direta ou indiretamente, pela controladora nas sociedades controladas. Neste caso, entretanto, as sociedades recebem tratamento jurídico como se independente fossem” (PRADO 2005, p. 5).

Quadro 4 - Os 100 maiores bancos do SFN (data-base jun. 2014) – Distribuição Conglomerados X Instituições Isoladas

	Ativos menos intermediação (em reais)	Percentual	Ativos totais (em reais)	Percentual
Total Geral	5.216.104.601	100,00%	5.796.543.397	100,00%
Total conglomerados	4.136.053.566	79,29%	4.631.955.719	79,90%
Total instituições isoladas	1.080.051.035	20,70%	1.164.587.678	20,09%

Fonte: Elaboração do autor, a partir dos dados constantes do “website” do Banco Central (<<http://www4.bcb.gov.br/fis/TOP50/port/Top50P.asp>> e <<http://www4.bcb.gov.br/top50/port/top50.asp>>).

Esse levantamento é apto a revelar justamente que parte expressiva dos ativos do sistema financeiro brasileiro se estrutura sob a forma de grupos societários de fato, isto é, uma forma de organização das atividades empresariais em que a unidade econômica (apesar de existente de fato) não merece um tratamento jurídico com ela condizente, já que cada uma das sociedades desse agrupamento é isoladamente considerada com um centro autônomo⁹⁰.

⁹⁰ Viviane Muller Prado (2005, p. 13) afirma a expressividade dos grupos societários em diversos setores econômicos brasileiros (comércio, indústria, prestação de serviços), inclusive no setor financeiro. Dá como exemplo do grupo Itausa, então formado por 43 sociedades independentes. Além disso, a autora aponta a flexibilidade como uma das razões da ampla prevalência dos grupos societários de fato na economia brasileira: “Nos grupos de fato é que se encontra o local para a organização do poder empresarial. Sob o aspecto do direito, a independência jurídica representa a existência de centros autônomos produtivos, com organização interna própria, mesmo que pertençam a um grupo maior de interesses. Por outro lado, a posição de sócio ou acionista controlador dá ao seu titular o poder de tomar as decisões mais importantes sobre a condução dos negócios sociais. Uma das razões para a formação dos grupos é justamente esta flexibilidade da estrutura empresarial” (PRADO, 2005, p. 17).

3 AS ESTRUTURAS NORMATIVAS REFERENTES À DETERMINAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS

No presente capítulo serão apresentados os elementos necessários à compreensão do segundo grupo de questionamentos suscitados pela aplicação da personalidade das penas pelo CRSFN, os quais são relativos à discussão do regime de responsabilidade das pessoas jurídicas sob sua supervisão. Para caracterizar os desafios relativos a este tema, é útil analisar como CRSFN tem tratado desta matéria.

No julgamento do Recurso 5.455, por exemplo, o CRSFN entendeu que uma determinada multa, originalmente prevista contra uma sociedade incorporada, não podia ser posteriormente imposta contra a sociedade incorporadora justamente com fundamento de que nenhuma pena “[...] passará da pessoa do condenado” (CF/88, art. 5º, XLV).

Tal raciocínio leva a questionamentos sobre o tipo de penalidade imposta (se mais próximas das obrigações de natureza civil, ou mais daquelas de natureza penal) e, sobretudo, sobre os *critérios para determinação da responsabilidade da sociedade* (p. ex., se a sociedade responde pelos atos cometidos por toda e qualquer pessoa natural que em seu nome atue, ou somente em decorrência da conduta de seus *sócios*; ou, ainda, se, essa responsabilidade da sociedade seria determinada em definitivo pela conduta de um único administrador seu, ou se seria possível a influência da conduta dos demais administradores).

A aplicação do princípio da personalidade das penas, às sociedades (pessoas jurídicas) sob a supervisão do CRSFN, leva a tais questionamentos sobre os critérios e as finalidades da responsabilidade desses entes coletivos. Todas essas questões se referem, de um modo ou outro, à questão maior da *responsabilidade jurídica*. Assim, só depois oferecido um panorama mais amplo sobre a responsabilidade jurídica, tal como entendida e aplicada no direito administrativo sancionador brasileiro atual, é que se pode enfrentar melhor tais perguntas.

No que se segue, será especificado melhor qual o regime tradicionalmente atribuído à responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas (responsabilidade objetiva). Feito isto, será possível a visualização de regimes alternativos que, após o movimento de criminalização das pessoas jurídicas ao longo do séc. XX⁹¹, procuram construir critérios para um regime de responsabilidade subjetiva própria das pessoas jurídicas.

⁹¹ Para essa visualização das várias ordens jurídicas nacionais que, ao longo do séc. XX, estabeleceram a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, vide item 4.3 – Modelo da Responsabilidade Subjetiva da Pessoa Jurídica.

3.1 Modelos de responsabilidade jurídica, responsabilidade subjetiva e personalidade das penas

Conforme ressalta Othon de Azevedo Lopes, dentre os diversos sentidos históricos assumidos pela responsabilidade jurídica, há o denominador comum de que ela pressupõe que a *sanção* (pena ou obrigação de ressarcir um dano) decorre do descumprimento de um *dever jurídico* (*Schuld*⁹²). Com fundamento na construção da doutrina da pandectística alemã sobre a *responsabilidade* (*Haftung*), expõe essa mútua implicação dos conceitos de responsabilidade e dever:

Como essa construção doutrinária alemã possibilitou antever, a responsabilidade tem como pressuposto o descumprimento de um dever. Ela consiste na garantia de imputação de uma sanção caso o dever não seja cumprido voluntariamente. Não sendo a obrigação adimplida espontaneamente, surge a responsabilidade. A mesma ideia vale tanto para a responsabilidade aquiliana como para a penal, ou seja, não sendo adimplido o dever de não lesar direitos subjetivos alheios ou de respeitar os bens jurídicos erigidos pelo legislador penal, surge a responsabilidade pela sanção reparatória ou penal respectivamente.

A responsabilidade, a partir de tal perspectiva, pode ser entendida como a imputação a alguém da obrigação de ressarcir o dano ou de cumprir uma pena, em face do antecedente descumprimento de um dever jurídico (LOPES, 2006, p. 259).

Relativamente à responsabilidade jurídica, “[...] a pergunta fundamental não é quem deu causa ao ato louvável ou reprovável e sim quem é responsável pelo ato louvável ou reprovável. Em outras palavras, quem deve ser castigado ou quem deve ser recompensado” (LOPES, 2006, p. 275).

Ainda segundo Othon de Azevedo Lopes, essa análise histórica da responsabilidade culminou na existência de *dois modelos fundamentais de responsabilidade jurídica*, os quais possuem regimes diferenciados entre si:

A responsabilidade por ato ilícito ou subjetiva apresenta-se como modelo que firmou estruturas na sociedade a partir da concepção de culpa e pecado na Idade Média na sua posterior releitura pela moral do jusnaturalismo moderno. Até o século XIX, era praticamente o único modelo de responsabilidade, seja para a composição de danos – responsabilidade civil – seja para a aplicação de penas, tendo sua significação

⁹² O termo “*Schuld*” em alemão pode ser traduzido dívida (ou dever) assim como também por culpa (ou culpabilidade). O sentido aqui referido se liga ao primeiro grupo: “Otto Von Gierke (1841-1921), representante máximo do chamado ‘Direito Privado alemão’, publicou em 1917, como grande obra de sua maturidade, seu *Schuldrecht* (Direito das Obrigações) com o qual pretendeu reforçar definitivamente, entre outras, sua teoria germanista favorita: a diferenciação entre ‘dívida’ e ‘responsabilidade’. Os representantes do Direito romano conheciam essa diferenciação, razão pela qual houve um consenso geral quando Gierke formulou suas definições (*Privatrecht* III, parag. 174, I, 1). *Schuld* no sentido do Direito alemão é um dever legal... *Schuld* em um sentido muito mais restrito e técnico é a dívida autônoma, quer dizer, uma relação jurídica existente por si mesma que tem por conteúdo um dever legal” (HATTENHAUER, 1987, p. 86).

social sido objeto de detidos estudos pela teoria do delito no direito penal, bem como pela doutrina civil.

De outro lado, os modelos de responsabilidade por equidade, ou responsabilidade objetiva, foram uma criação cultural impulsionada pela emergência de uma sociedade complexa no século XIX, que gerou a necessidade de repartição orgânica dos danos e prejuízos advindos da funcionalização e especialização da sociedade. A responsabilidade por ato ilícito e a por equidade – objetiva – são, portanto, dois trilhos diferentes a partir dos quais se determina a imputação de responsabilidade a um sujeito de direitos (LOPES, 2006, p. 282).

Essa *responsabilidade por ato ilícito (subjativa)*, em todas as suas modalidades (responsabilidade aquiliana, criminal ou administrativa sancionadora), dá uma ênfase bem maior ao elemento da *conduta humana*; já na *responsabilidade por equidade (objetiva)*, sob todas as suas formas (por risco, por garantia, por eficiência), o foco seria nos *resultados* (dano):

A distinção operacional básica entre os modelos de responsabilidade dá-se entre os por equidade e os subjetivos. Em tal sentido, os modelos subjetivos centram sua perspectiva no ato humano, avaliando-o a partir de sua referibilidade a um dever contido em uma norma social. Por se dirigirem à análise de uma conduta, abrem um leque para diversos juízos éticos, sobre a própria ação e a determinação precisa do agente realizador do ato. As formas e estruturas que se construíram dentro do modelo do ato ilícito direcionam-se para a avaliação de conduta.

De outro lado, os modelos de responsabilidade por equidade centram seu foco sobre resultados da interferência humana sobre o mundo. A partir dessa perspectiva, os juízos sobre as ações que estejam ligadas às circunstâncias determinantes da responsabilidade ficam obscurecidos e, da mesma forma, foge ao âmbito de responsabilização a precisa identificação do autor do dano ou lesão de bem jurídico. O dever em tais modelos liga-se muito mais aos resultados da ação do que a ela própria. A valoração nos modelos de equidade volta-se para a distribuição social de eventos onerosos (LOPES, 2006, p. 283).

Ademais, a ênfase dada à apuração da conduta no modelo da responsabilidade subjetiva tem repercussões inclusive na determinação da sanção aplicável⁹³. Na dogmática penal essa importância da aferição da culpabilidade do infrator é maior ainda, tanto que ela serve como individualizá-la e delimitá-la:

⁹³ Isso mesmo em se tratando de ilícito civil, em que a reparação procura mais ressarcir o dano que não punir o infrator (LOPES, 2006, p. 317).

A culpabilidade apresenta, portanto, duplo aspecto, como fundamento individualizador e delimitador da sanção. Ela é o fundamento personalizador da sanção, pressupondo para isso a imputabilidade (capacidade de culpabilidade), a consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta diversa. Várias legislações falam em capacidade de entendimento e manifestação de vontade (LOPES, 2006, p. 318).

É nesse modelo da responsabilidade por ato ilícito (i.e., a responsabilidade subjetiva) que se pode localizar a chamada personalidade das penas, consagrada pelo art. 5º, XLV da CF/88. Historicamente, a determinação de que a consequência jurídica (pena) do cometimento da conduta tipificada só pode recair na pessoa (autor ou partícipe) que, com culpabilidade (responsabilidade subjetiva), cometeu-a, está intimamente ligado ao denominado *princípio da culpabilidade*⁹⁴.

Conforme alertado por alguns autores⁹⁵, esse princípio da culpabilidade (*responsabilidade subjetiva*) teria como consequências necessárias (i) a vedação da denominada responsabilização absoluta ou objetiva (isto é, independente da aferição de culpabilidade do infrator) e (ii) a personalidade das penas.

Especificamente quanto ao direito administrativo brasileiro atual, Fabio Medina Osório afirma que “[...] o princípio da pessoalidade da pena se estende, em tese, ao Direito Administrativo Sancionatório e é um desdobramento do princípio da culpabilidade. Trata-se de um direito fundamental inerente ao devido processo legal punitivo” (OSÓRIO, 2009, p. 372).

Por isso, aqui já seria possível se afirmar uma primeira e parcial conclusão: não faria sentido se falar em personalidade das penas fora do modelo de responsabilidade subjetiva.

A personalidade das penas é intrinsecamente ligada ao modelo de responsabilidade subjetiva, em que uma determinada sanção só é aplicável a quem, com dolo ou culpa, tenha realizado a conduta infracional. Isto é, o resultado (pena) decorre não só da ocorrência do fato previsto na norma, mas, também, que o autor o tenha cometido com certo estado anímico (dolo ou culpa).

No modelo de responsabilidade subjetiva, a sanção só pode ser imposta a quem, com culpabilidade, cometeu a conduta prevista na norma incriminadora. A ligação com a personalidade das penas é clara: na hipótese de ser “extinto” o autor da infração, igualmente estará extinta a possibilidade de imposição da correspondente sanção.

⁹⁴ O princípio da culpabilidade, conforme esclarece Juan Carlos Ferré Olivé *et al* (2011, p. 97), “[...] transcende ao direito penal e à Política Criminal, já que é considerado um dos elementos básicos do Estado Democrático de Direito, pois supõe um autêntico limite ao *jus puniendi* estatal” (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 97).

⁹⁵ OLIVÉ *et al.* (2011, p. 97); NIETO (2008, p. 375); MELLO (2007, p. 184).

Já no modelo de responsabilidade objetiva, essa vinculação entre o cometimento da infração e a correspondente sanção não passaria pelo elemento culpabilidade. Mesmo que “extinto” autor de certa infração apurada sob o regime de responsabilidade objetiva, ainda assim remanesceria a imposição da sanção correspondente, que ainda assim teria sua finalidade reparatória.

Essa distinção parece ter sido adotada pelo próprio art. 5º, XLV da CF/88. Ao enunciar a regra geral da personalidade das penas: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”, essa norma parece ter expressamente excepcionado as hipóteses típicas de responsabilidade civil objetiva “[...], podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

Sucedem que as considerações até aqui feitas (i) além de se referem unicamente às pessoas naturais (ii) não esclarecem sob qual o modelo as pessoas jurídicas são responsabilizadas por infrações administrativas cometidas essas pessoas físicas representantes suas (responsabilidade objetiva ou responsabilidade subjetiva).

Nesse sentido, serão caracterizados os dois modelos acerca da caracterização dessa responsabilidade das pessoas jurídicas: i) *modelo tradicional de responsabilidade objetiva* da pessoa jurídica em relação à atuação das pessoas físicas representantes suas; e ii) o modelo de *responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica*, decorrente da nova dogmática responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

3.2 Modelo da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica

Para a especificação do modelo tradicionalmente utilizado, nas disposições do direito administrativo brasileiro, para definição da responsabilidade das pessoas jurídicas, serão utilizados alguns elementos da abordagem kelseniana sobre pessoa jurídica. Tal opção se dá em razão da sua ampla utilização no direito administrativo brasileiro, reflexo da importância do modelo kelseniano nas ordens jurídicas do *civil law*:

Ora é fácil de ver que a única efetiva diferença entre o positivismo dogmático e o positivismo jurídico está na existência de um Código. Não por acaso, bastou que a Alemanha promulgasse o seu Código Civil para que o positivismo jurídico, já estabelecido em outros países (principalmente na França através da Escola Exegética) dominasse a cena dos países de *Civil Law*. Autores como Kelsen dão a partir de então e até hoje, inclusive nas escolas brasileiras, o tom da teoria geral do direito. Representam na teoria geral do direito doutrina tão estabelecida quanto o marginalismo na microeconomia (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 19).

Hans Kelsen (1881-1973), ao tempo em que se afasta qualquer abordagem ligada à teoria da realidade⁹⁶, expõe o conceito de pessoa (em sentido jurídico) como unidade personificada de um conjunto de normas (KELSEN, 2005, p. 136):

A pessoa física ou jurídica que ‘tem’ – como sua portadora – deveres jurídicos e direitos subjetivos é estes deveres e direitos, é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão somente a personificação dessa unidade (KELSEN, 2009, p. 192 – os grifos são do original).

Do mesmo modo que seriam claramente distintos os conceitos de ser humano (biológico) e pessoa física (jurídico), não haveria razão para maiores distinções entre os conceitos de pessoa física e pessoa jurídica, os quais, basicamente, só se diferenciariam quanto ao substrato a que se referem: o primeiro, a um indivíduo; o segundo, a uma comunidade de indivíduos (KELSEN, 2005, p. 144):

Como o conceito da chamada ‘pessoa’ física (natural) é apenas uma elaboração jurídica e, como tal, totalmente diferente da de ‘homem’, a chamada ‘pessoa’ física (natural) é, na verdade, uma ‘pessoa’ jurídica. Se a pessoa física (natural) é uma pessoa jurídica, não pode haver qualquer diferença essencial entre a pessoa física e o que é geralmente considerado como modo exclusivo como uma pessoa jurídica (KELSEN, 2005, p. 139).

Nesse conceito kelseniano, merece destaque a figura do *estatuto* da corporação que, ao estabelecer sua *ordem normativa interna*, determina a divisão de trabalho a ser exercida por cada um dos indivíduos que dela fazem parte:

A corporação dos indivíduos que formam a comunidade dirigida à realização do fim comunitário pode exprimir-se numa organização funcionando segundo o princípio da organização do trabalho. Então a comunidade representa uma corporação. Com efeito, designa-se por corporação uma comunidade organizada, que dizer, uma comunidade que é constituída através de uma ordem normativa que estabelece que certas funções devem ser desempenhadas por indivíduos que forem chamados a essas funções por uma forma indicada no estatuto, que dizer, é constituída por uma ordem normativa que institui órgãos desta espécie funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho. A ordem normativa constituinte da corporação é o seu estatuto, o qual é posto em vigor através de um ato jurídico negocial regulado (KELSEN, 2009, p. 197).

Assim, ao invés de uma realidade, a pessoa jurídica consistiria em um mero *conceito auxiliar* (e não necessário), construído pela ordem jurídica por razões de ordem prática e que

⁹⁶ “A ideia de que as corporações são seres reais com uma vontade real está no mesmo nível das crenças animistas que levam o homem a dotar de ‘alma’ as coisas da natureza” (KELSEN, 2005, p. 156).

estaria ligado, relativamente às chamadas *corporações* (assimiláveis às sociedades comerciais), à sua responsabilidade limitada ao seu patrimônio⁹⁷:

Quando se diz que a ordem jurídica confere a uma corporação personalidade jurídica, isso significa que a ordem jurídica estatui deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de indivíduos que são órgãos e membros da corporação constituída através de um estatuto e que esta situação complexa pode ser descrita com vantagem, porque de maneira relativamente mais simples, com o auxílio de uma personificação do estatuto constitutivo da corporação. (KELSEN, 2009, p. 212).

A importância desse estatuto (ordem jurídica interna da corporação) seria a de que, por meio dele, é que se torna possível entender como atribuíveis à comunidade (grupo de indivíduos), as ações cometidas por determinado indivíduo (órgão dessa comunidade): “Atribuir o ato de um indivíduo à comunidade como ordem personificada é imputar o ato à comunidade” (KELSEN, 2005, p. 144).

Por isso correta a afirmação de F.K. Comparato e Salomão Filho, relativamente essa concepção kelseniana, de que “Há, por conseguinte, na problemática da pessoa jurídica, uma questão de atribuição, a um grupo de indivíduos, dos efeitos do comportamento de um deles, considerado órgão ou representante” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 324), âmbito na qual se coloca a questão da pessoa jurídica como uma questão de responsabilidade.

Assim, nessa concepção kelseniana de pessoa (em sentido jurídico) como *unidade personificada de um conjunto de normas* (KELSEN, 2005, p. 136), os *estatutos* tomam especial importância. São esses estatutos que constituem a ordem normativa interna por meio da qual se torna possível entender que determinado ato de um indivíduo, como órgão dessa corporação, possa ser atribuído a esse grupo: “Somente uma ação ou omissão regulada no estatuto pode ser atribuída à corporação” (KELSEN, 2009, p. 197).

É segundo esse mecanismo que tornaria possível atribuir um dever às pessoas jurídicas. Para tanto, também Kelsen se utilizou da distinção, desenvolvida pela pandectística alemã do séc. XIX, entre dever (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*)⁹⁸ (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, p. 325).

Tal distinção é enfocada a partir de uma perspectiva interna da própria corporação: o *indivíduo* (ser humano), atuando como *órgão da corporação*, é que estaria apto a descumprir

⁹⁷ “A razão definitiva para que uma corporação seja considerada pessoa jurídica parece ser o fato de que a responsabilidade por delitos civis da corporação está, em princípio, limitada ao patrimônio da própria corporação” (KELSEN, 2005, p. 141).

⁹⁸ Essa distinção entre dever (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*) curiosamente teve seu maior desenvolvimento por Gierke, mais destacado membro da teoria da realidade (HATTENHAUER, 1987, p. 86). Ver também item 3.1, Modelos de Responsabilidade Jurídica, Responsabilidade Subjetiva e Personalidade das Penas.

determinado *dever jurídico*, cumprindo a condição estatuída na norma objetiva para imposição da *sanção (sujeito do dever)*; já a *responsabilidade* para o cumprimento dessa sanção recairia sobre o conjunto de outros indivíduos a ligados ao autor por força da ordem normativa interna constituinte da corporação (*sujeito da responsabilidade*):

É, portanto, aconselhável distinguir entre dever e responsabilidade nos casos em que a sanção não é, ou não é apenas dirigida contra o delinquente, mas contra todos os indivíduos que possuem certa relação juridicamente determinada com o delinquente. O delinquente, o perpetrador ou o sujeito do delito, é o indivíduo cuja conduta, determinada pela ordem jurídica, é a condição de uma sanção dirigida contra ele ou contra outro indivíduo (ou, antes, indivíduos) que tem (ou têm) uma relação juridicamente determinada com ele. O sujeito do dever jurídico, obrigado juridicamente, é aquele que é capaz de obedecer ou desobedecer a norma jurídica, ou seja, aquele cuja conduta, em sua qualidade de delito, é a condição da sanção. Responsável pelo delito é o indivíduo, ou os indivíduos, contra os quais a sanção é dirigida, mesmo que não seja a conduta dela, ou deles, mas a sua relação, juridicamente determinada com o delinquente, a condição para que a sanção seja dirigida contra ele ou eles (KELSEN, 2005, p. 98).

Em contraposição à *responsabilidade individual* (em que o sujeito do dever coincide com o sujeito da responsabilidade), quanto às pessoas jurídicas ocorreria uma típica hipótese de *responsabilidade coletiva* (na qual sujeito do dever não necessariamente coincide com o sujeito da responsabilidade) (KELSEN, 2009, p. 136).

A essa distinção se alia a outra entre *responsabilidade baseada em culpa* (ou *em culpabilidade*, em que a correspondente sanção está vinculada a um determinado estado mental do sujeito do dever, que *previu ou quis* o evento referido na norma) e *responsabilidade absoluta* (ou *pelo resultado*, em que a sanção prescinde de qualquer indagação ao estado mental do sujeito do dever, bastando a ocorrência do efeito nocivo previsto em norma objetiva), a partir do que expõe o seguinte sobre o mecanismo de atribuição de responsabilidades na corporação:

Quando a sanção é dirigida contra os indivíduos pertencentes à mesma comunidade jurídica do indivíduo que, na condição de órgão dessa comunidade, cometeu o delito, quando a relação entre o delinquente e os indivíduos responsáveis é constituída pelo fato de que o delinquente e os responsáveis pelo delito pertencem à mesma comunidade jurídica, fala-se de uma responsabilidade coletiva. A responsabilidade individual ocorre quando a sanção é dirigida apenas contra o delinquente.

Quando a sanção não é dirigida contra o delinquente, ou seja, contra o indivíduo que, por sua própria conduta, cometeu o delito, mas contra outros indivíduos que se acham em uma determinada relação jurídica com o delinquente – como no caso da responsabilidade coletiva – a responsabilidade do indivíduo, ou dos indivíduos contra os quais a sanção é dirigida tem sempre o caráter de responsabilidade absoluta. A responsabilidade por um delito cometido por um outro indivíduo, que não o responsável, nunca pode ser baseada na culpa do indivíduo responsável, ou seja, no fato de ele ter previsto ou pretendido o efeito prejudicial. A responsabilidade coletiva é sempre responsabilidade absoluta.

Contudo, é possível que, de acordo com o Direito Positivo, a responsabilidade coletiva ocorra apenas quando o delito foi cometido intencionalmente pelo delinqüente imediato; de modo que não ocorre nenhuma responsabilidade caso o efeito prejudicial tenha sido ocasionado pelo perpetrador imediato sem a sua intenção. Então, a responsabilidade tem caráter de responsabilidade absoluta no que diz respeito aos indivíduos responsáveis pelo delito, mas caráter de responsabilidade baseada em culpa no que diz respeito ao delinqüente, ou seja, ao indivíduo que, por sua própria conduta cometeu o delito. Trata-se de uma responsabilidade baseada na culpa do delinqüente; mas, já que o delinqüente não é, ou não é sozinho, o responsável, trata-se, no que diz respeito ao último, de uma responsabilidade absoluta, porque não baseada em sua culpa (KELSEN, 2005, p. 100).

Segundo esse modelo kelseniano, pode-se simultaneamente constatar que (i) a responsabilidade do sujeito do dever jurídico (indivíduo) pode ser aferida tanto à título de responsabilidade *por culpa (subjetiva)* como por responsabilidade *absoluta (objetiva)*⁹⁹, assim como que (ii) a responsabilidade da pessoa jurídica (*sujeito da responsabilidade*) só pode ser aferida a título *absoluto (objetiva)* (KELSEN, 2009, p. 140).

Esse modelo de *responsabilidade da pessoa jurídica, unicamente a título objetivo*, é aquele amplamente subjacente no modelo jurídico praticado em diversos países até hoje, especialmente os da tradição romano-germânica (como o Brasil).

Esclareça-se que, apesar de a abordagem kelseniana haver previsto a possibilidade de que a pessoa jurídica possa cometer delitos e mesmo ser responsabilizada criminalmente (KELSEN, 2005, p. 150; KELSEN, 2009, p. 203), tais construções são formuladas unicamente tendo em conta a comparação da atuação do indivíduo (como órgão da corporação) e os termos dos seus estatutos (ordem normativa interna)¹⁰⁰.

⁹⁹ Esclareça-se que, no direito brasileiro após a CF/88, vigora o entendimento que a responsabilidade das pessoas físicas só pode ser apurada subjetivamente, como entendido pela noção da unidade do “*jus puniendi*” estatal (vide item 1.3.1.3 – Discurso Constitucionalizante do Direito Administrativo, a Unidade do “*Jus “Puninedi*” Estatal e a Pessoalidade das Penas Administrativas). No entanto, tal constatação não infirma a conclusão de que, nesse modelo tradicional (de matriz kelseniana), a responsabilidade da pessoa jurídica será sempre objetiva.

¹⁰⁰ Tal comparação se dá unicamente para se saber se (i) uma atuação contrária à ordem jurídica total, mas acorde com a ordem jurídica parcial (estatutos), ainda assim poderia ser atribuída à pessoa jurídica ou, ainda, se (ii) para atribuição, à pessoa jurídica, do ato contrário à ordem total, bastaria que a atuação do indivíduo (órgão) estivesse no interesse ou contida nas competências da ordem jurídica parcial (estatutos). Ou seja, a análise se restringe a se saber se o estatuto (ordem jurídica parcial) permitiria ou determinaria a ação proibida pela ordem jurídica total: “[...] Para evitar, pode a ordem jurídica estadual estabelecer que a autorização ou atribuição de competência (no sentido estrito) estatutária e, particularmente, a obrigação estatutária de uma conduta proibida pela ordem jurídica estadual sejam consideradas como inválidas, que dizer: seja nulas ou anuláveis. Se não o faz, então o delito cometido pelo órgão da corporação em conformidade com o estatuto pode ser atribuído à própria corporação pelo estatuto constituída, desde que a atribuição seja limitada a uma conduta para que o estatuto, no sentido estrito, confira autorização ou competência” “[...] Mesmo que o estatuto desta organização não contenha qualquer determinação expressa que confira autorização ou competência para o delito em apreço, pode, no entanto, admitir-se que o crime foi cometido em conformidade com o estatuto quando o órgão ou membro da organização, ao cometer o crime, agiu no sentido dos propósitos da organização, ao cometer o crime, não expressamente normados mas implicitamente entendidos como tais” (KELSEN, 2009, p. 204).

Apesar disso, esse pressuposto da responsabilidade da pessoa jurídica, unicamente a título objetivo, parece não ser de qualquer forma infirmado ou negado nessa concepção kelseniana¹⁰¹.

Esse modelo da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica é aquele que também é aplicado quanto às imposições de penalidades administrativas: a conduta do autor material da infração (pessoa física) é apurada segundo critérios de responsabilidade subjetiva, mas à pessoa jurídica só resta a responsabilidade objetiva decorrente daquela conduta. Exemplos da utilização desse modelo tradicional, para a atribuição de penas administrativas às pessoas jurídicas, são encontrados tanto no direito administrativo estrangeiro (como no direito espanhol – Cf. NIETO (2008, p. 433, 450-451, 460-461, 463-464 e 467-468), como também no direito administrativo brasileiro (FERREIRA, 2001, p. 70):

A lição trazida por Kelsen, parece-nos, esclarece o problema da responsabilidade da pessoa jurídica. De acordo com o autor, a distinção entre dever jurídico e responsabilidade jurídica é necessária quando a sanção não é dirigida contra o delinquente imediato, mas contra pessoas juridicamente ligadas a ele, sendo essa relação determinada pela ordem jurídica. Cita, o autor, o caso de uma corporação que tenha cometido o delito (deixar de cumprir o contrato e de reparar o dano causado por isso) por meio de seus órgãos. A ação judicial instaurada pela outra parte do contrato terá, como consequência, a execução de uma sanção de natureza civil, contra o patrimônio da corporação, que é patrimônio comum de seus membros. De acordo com o autor, na hipótese de responsabilidade coletiva, a *responsabilidade* dos indivíduos, contra os quais a sanção é dirigida, tem natureza de *responsabilidade absoluta (objetiva)*; mas a conduta do infrator pode ser *intencional*; trata-se de situações em que o Direito atribui *responsabilidade de outrem, sem culpa*, por causa da conduta, *culposa ou dolosa, do infrator*. Assim ocorre com as pessoas jurídicas, as quais sofrem as consequências (penalidades) por causa de condutas, dolosas ou culposas, faz pessoas físicas que as representam (VITTA, 2003, p. 49).

Sendo exclusivamente *objetiva*, nesse modelo tradicional, a *responsabilidade da pessoa jurídica* (inclusive para fins de penalidades administrativas), cumpriria indagar de que modo esse modelo tradicional compatibilizaria com a exigência constitucional da culpabilidade (responsabilidade subjetiva)¹⁰², como defendido pela postura da unidade do “*jus puniendi*” estatal¹⁰³.

¹⁰¹ Como posteriormente se terá oportunidade de expor, discussões sobre uma responsabilidade de caráter subjetivo da pessoa jurídica só surgiram com as elaborações da recente dogmática penal sobre pessoa jurídica como autora de crimes - vide item 3.3, Modelo da Responsabilidade Subjetiva da Pessoa Jurídica.

¹⁰² Incluída nessa culpabilidade uma de suas consequências: a personalidade das penas - vide 3.3.1, Personalidade das Penas, Responsabilidade Subjetiva e ‘Culpabilidade’ das Pessoas Jurídicas.

¹⁰³ Vide Item 1.3.1.3, Discurso Constitucionalizante do Direito Administrativo, a Unidade do *Jus Puniedi* Estatal e Pessoalidade das Penas Administrativas.

Essa exigência constitucional de culpabilidade, a todas as penalidades (criminais e/ou administrativas), acarretaria várias posturas teóricas quanto à capacidade infratora da pessoa jurídica (NIETO, 2008, 441).

A *primeira* destas posturas seria daqueles que, mantendo a coerência desse modelo tradicional (responsabilidade objetiva da pessoa jurídica), simplesmente negam a exigência de culpabilidade desses entes coletivos¹⁰⁴. Já outros entendem que essa exigência constitucional seria atendida com a culpabilidade dos indivíduos (pessoas físicas) que, em nome desse ente coletivo, cometeram a infração administrativa¹⁰⁵. Por fim, também há aqueles que entendem essa culpabilidade também seria exigida nessas infrações das pessoas coletivas, mas isso de forma “modulada” em atenção às peculiaridades das pessoas jurídicas¹⁰⁶. Dentre essas formas “moduladas” de incidência da culpabilidade se destacaria a exigência, relativamente aos demais administradores da pessoa jurídica, de culpa “*in vigilando*” e a figura do “*garante*”¹⁰⁷.

Talvez até por conta dessas dificuldades teóricas na “acomodação”, dentro do modelo tradicional da responsabilidade das pessoas jurídicas, dessa exigência da culpabilidade (e, conseqüentemente, da própria personalidade das penas), alguns dos administrativistas referidos, ao tratar das infrações que poderiam (ou não) ser cumpridas por

¹⁰⁴ Ferreira (2001, p. 74). No direito espanhol, são especialmente elucidativas as palavras de Alejandro Nieto: “A regra jurídica mais ilustrativa nesse âmbito é a clara separação entre autor e responsável. Os responsáveis por imperativo legal que não são juridicamente autores da infração não se encontram protegidos pelo princípio da exigência da culpabilidade” (NIETO, 2008, p. 467). Respondendo a pessoa jurídica unicamente a título objetivo, a exigência constitucional de culpabilidade (responsabilidade subjetiva) não seria elas aplicável: “Como se vê, a culpabilidade – como imputação pessoal dos fatos – não desempenhou papel algum na impunidade das pessoas jurídicas e nem tem porque desempenhá-lo na atualidade. Ainda que pareça uma tautologia há que se afirmar com ênfase que a culpabilidade só pode ser exigida dos seres capazes de ser culpáveis. É um absurdo jurídico – além de real – pretender exigi-la de quem não pode tê-la, pois a única conseqüência é a impunidade. Da evidente incapacidade das pessoas jurídicas para serem culpáveis em sentido estrito não se deve deduzir sua impunidade, mas algo muito diferente: não há que se lhes tal culpabilidade” (NIETO, 2008, p. 450).

¹⁰⁵ Vitta (2003, p. 48). No mesmo sentido se coloca Rafael Munhoz de Mello: “Sendo assim, para que seja observado o princípio da culpabilidade, há que se investigar se a atuação das pessoas físicas que integram a pessoa jurídica foi dolosa ou culposa. Dito de outro modo: para que se configure a infração administrativa, a pessoa física que atue em nome da pessoa jurídica deve praticar a conduta ilícita com dolo ou culpa strictu sensu. Se assim age, descumprindo dever imposto à pessoa jurídica, imputa-se a esta a má conduta praticada, devendo-se-lhe impor a correspondente sanção administrativa. É dizer, imputa-se à pessoa jurídica o dolo ou a culpa” (MELLO, 2007, p. 208).

¹⁰⁶ “No Direito Administrativo Sancionador, pode-se se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Não se trata de uma exigência que alcance também as pessoas jurídicas com o mesmo alcance. Pode-se sinalizar que a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à evitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. É por aí que passa a culpabilidade” (OSÓRIO, 2010, p. 378).

¹⁰⁷ Ressalte-se que, nessa terceira postura, a responsabilização da pessoa jurídica não seria unicamente determinada a partir da conduta da pessoa física que, em nome do ente coletivo, cometeu a infração administrativa. Ela abre espaço para a apuração da conduta de outras pessoas físicas que, na atividade de administração da pessoa jurídica, possam ter colaborado com a execução da infração administrativa pelo autor material do fato.

outra pessoa que não o próprio infrator, preferem fazer classificações segundo o tipo¹⁰⁸ e a finalidade¹⁰⁹ da penalidade administrativa correspondente (e não a partir da análise do tipo responsabilidade da pessoa jurídica - se objetiva ou subjetiva).

Tais classificações acabam por se constituir um reconhecimento (ainda que indireto) da indefinição, existente no direito administrativo brasileiro, sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas por penalidades decorrentes do poder de polícia. Constatando-se que se tratamento ora se vincula a um regime mais próximo do direito penal (típico do modelo de responsabilidade subjetiva), ora a um regime mais próximo do direito privado (mais ligado ao modelo da responsabilidade objetiva), não haveria como se pretender aplicar, indistintamente a todas elas, o chamado regime jurídico punitivo (como pretendido pela concepção da unidade dos *jus puniendi* estatal).

Por fim, esclareça-se que esse modelo tradicional da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, caso aplicado em coerência com seus pressupostos, possui relevantes repercussões relativamente ao objeto da presente pesquisa, ou seja, à questão da aplicabilidade da personalidade das penas às penalidades administrativas contra pessoas jurídicas.

Caso se entenda, como entendido por Kelsen (KELSEN, 2005, p. 101), que essa responsabilidade da pessoa jurídica só pode ser objetiva (ou seja, sem qualquer indagação sobre uma culpabilidade própria da pessoa jurídica), também há que se necessariamente concluir, como realizado por Alejandro Nieto (2008, p. 467) que não é exigível, dessas pessoas jurídicas, o cumprimento do princípio da culpabilidade.

Como dito, a exigência de *culpabilidade* (responsabilidade subjetiva) se refere à *autoria*, isto é, às *pessoas físicas* que, com sua conduta, atuam em nome das pessoas jurídicas. Atuando essas pessoas naturais com culpa ou dolo (culpabilidade), estaria configurada a infração.

¹⁰⁸ Heraldo Vitta (2003, p. 121) e Daniel Ferreira (2001, p. 75) classificam as sanções, quanto à possibilidade de transmissão a terceiros, em pessoais (que recairiam sobre a pessoa do infrator) e reais (que recairiam sobre o objeto, instrumento ou fruto do ilícito, dentre as quais se encontram as pecuniárias, que admitem quantificação monetária). Para eles, somente estas últimas seriam passíveis de transmissão a terceiros e admitiriam, justamente por isso, as figuras do autor e do responsável.

¹⁰⁹ Rafael Munhoz de Mello classifica as sanções administrativas em retributivas (“medidas de retribuição pela infração, sem qualquer pretensão de ressarcimento ao dano causado pela conduta delituosa ou de restauração do *status quo ante*”) e ressarcitórias (“não se esgota na imposição de castigo ao infrator, mas vai além: a medida afliitiva imposta pela Administração Pública altera a situação de fato existente, reparando o dano causado à vítima da infração”) (MELLO, 2007, p. 76). Para o autor, só as sanções retributivas estariam sujeitas às garantias constitucionais (inclusive a personalidade das penas) limitadoras do “*jus puniendi*” estatal (MUNHOZ, 2007, p. 81).

Após isso, somente se poderia falar em *responsabilidade objetiva* da *pessoa jurídica* pelo cumprimento da *sanção*. E, como se trata de hipótese de responsabilidade objetiva, não mais haveria que se ter como possível a aplicação da personalidade das penas a esses entes coletivos.

Como dito anteriormente, a personalidade das penas pressupõe a responsabilidade subjetiva¹¹⁰. Se a responsabilidade da pessoa jurídica pela pena administrativa é *objetiva*, não haveria como se poder cogitar, por exemplo, na hipótese de esse ente coletivo não cumprir tal penalidade com fundamento na circunstância de seus outros administradores não terem colaborado com o cometimento da infração administrativa.

Além disso, caso efetivamente se entenda como *objetiva* a responsabilidade da pessoa jurídica pela infração, não se encontraria óbice à possibilidade de transmissão, de uma pessoa jurídica a outra, do cumprimento de determinada sanção, já que personalidade das penas que, repita-se, remete à discussão acerca da culpabilidade (responsabilidade subjetiva). E não sendo exigível, dessas pessoas jurídicas, qualquer aferição de responsabilidade subjetiva própria sua, não haveria que se cogitar que a personalidade das penas impediria a transmissão, entre duas pessoas jurídicas, do cumprimento de certa sanção administrativa¹¹¹.

O modelo tradicional da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, de matriz kelseniana, pode ter suas características gerais visualizadas conforme Quadro 5 a seguir:

¹¹⁰ Vide item 3.1, Modelos de Responsabilidade Jurídica, Responsabilidade Subjetiva e Personalidade das Penas.

¹¹¹ A aplicação dessas conclusões mudaria por completo o resultado do julgamento proferido pelo CRSFN do referido Recurso 5.455 – vide início do item 3, As Estruturas Normativas Referentes à Determinação da Responsabilidade das Pessoas Jurídicas.

Quadro 5 - Modelo da responsabilidade jurídica objetiva da pessoa jurídica.

Modelo da Responsabilidade Objetiva da Pessoa Jurídica	
Pessoa Física	Pessoa Jurídica
Autor	Responsável
Dever (<i>Schuld</i>)	Responsabilidade (<i>Haftung</i>)
Responsabilidade subjetiva ou responsabilidade objetiva	Só responsabilidade objetiva
Responsabilidade individual (sujeito do dever = sujeito da responsabilidade)	Responsabilidade coletiva (sujeito do dever \neq sujeito da responsabilidade)

Fonte: Elaboração do autor

3.3 Modelo da responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica

Para fins da presente pesquisa, mostram-se relevantes as considerações que vêm sendo realizadas, por parcela da doutrina penal, acerca dos critérios definidores de uma culpabilidade própria das pessoas jurídicas. Como bem alertado por Enrique Bacigalupo “[...] a estrutura da imputação no Direito administrativo e no penal é praticamente idêntica: nos dois âmbitos vigem idênticas categorias: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade” (BACIGALUPO, 2005a, p. 43).

Um panorama das construções dogmáticas, a respeito da responsabilidade criminal dos entes coletivos, permite afirmar uma clara distinção entre as ordens jurídicas ligadas ao sistema romano-germânico (*civil law*) e aquelas ligadas ao *common law*.

Relativamente aos países de tradição românico-germânica (*civil law*), pode-se perceber que, se antes da passagem do séc. XVIII ao séc. XIX existiram condenações criminais de entes coletivos¹¹², tal realidade mudou radicalmente a partir das *teorias da pena* desenvolvidas ao final do séc. XVIII¹¹³ que, ao determinarem que a pena criminal se dirija à vontade natural do infrator (*relação pena-vontade*), acabaram definindo também o *sujeito do*

¹¹² No direito germânico, as condenações criminais das cidades de Donauwörth em 1607 e de Magdeburgo em 1631; e no direito francês, das cidades de Toulouse em 1331, de Bordeaux em 1558 e de Montpellier em 1739 (SHECAIRA, 2011, p. 12).

¹¹³ Especialmente a partir de I. Kant (1724-1804), P.J.A. von Feuerbach (1775-1833) e K.L.W. von Grolman (1775-1829).

direito penal - o ser humano: “Disso se deduz que só a pessoa física pode ser sujeito do Direito penal, pois só ela tem uma vontade própria capaz de justificar o jus puniendi do Estado, ou seja, o Direito penal subjetivo” (BACIGALUPO, 2005a, p. 46).

A partir desse momento histórico¹¹⁴ prevaleceu, majoritariamente nos países ligados ao *civil law*, o entendimento de que as pessoas coletivas não poderiam cometer crimes (*societas non delinquere potest*)¹¹⁵.

Enrique Bacigalupo ressalta a historicidade do conceito jurídico de pena criminal quando afirma que, antes do final do séc. XVIII (quando ainda não existente essa concepção relativa essa ligação *pena criminal - vontade humana individual*), a pena era entendida simultaneamente como um mal e uma reparação (Hugo Grotius, 1583-1645), concepção essa até hoje predominante em direito internacional:

Por outra parte, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em Direito penal não foi problemática entre os séculos XIV e XVIII. Por meio da teoria da ficção (*Fiktionstheorie*), postulada por Bartolo, as pessoas jurídicas eram consideradas sujeitos do Direito penal.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas se torna problemática, como dissemos, depois da introdução das teorias das penas que, ao fim do séc. XVIII, estabeleceram uma relação direta entre a pena e a vontade, seja porque a pena tinha a função de impedir a formação da vontade contrária ao Direito, seja porque tinha a finalidade de impedir a reincidência ou, finalmente, porque sua função consistia na repressão da vontade antijurídica.

[...] Se toda ilicitude tem sua causa em um impulso psicológico do autor e esse impulso pode ser neutralizado através da ameaça penal, que como um mal impede satisfazer a desejo do sujeito, é claro que esse sujeito só poderá ser ‘um indivíduo, mas jamais uma pessoa moral (*sociedade, universitas, collegium*)’ (BACIGALUPO, 2005a, p. 47).

Silvina Bacigalupo Saggese vai além e expõe que não só o conceito de pena criminal, mas também os de *ação* e de *culpabilidade*, que foram forjados pela dogmática penal clássica nesse período, levaram em consideração exclusivamente o ser humano individual:

Os conceitos dogmáticos de ação e culpabilidade, assim como a pena entendida como pena privativa de liberdade foram elaborados a partir da ideia de indivíduo e de suas qualidades. O indivíduo como sujeito do Direito penal marcou os conceitos dogmáticos da teoria do delito e, conseqüentemente, um conceito de ação e de culpabilidade única e exclusivamente a partir das capacidades dele (SAGGESE, 2005, p. 82).

¹¹⁴ “Com a Revolução Francesa a responsabilidade passa a ser individual. Quebra-se o ideário da responsabilidade coletiva” (SHECAIRA, 2011, p. 14).

¹¹⁵ Essa expressão foi cunhado por P.J.A. von Feuerbach (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 727).

O postulado da *societas non delinquere potest* parece, assim, ter uma de suas causas justamente na impossibilidade desses entes coletivos em preencherem as categorias dogmáticas da teoria do delito que foram criadas, nesse período, unicamente para as pessoas naturais. Silvina Bacigalupo Saggese assim expõe essa historicidade das categorias dogmáticas da teoria do delito e sua direta implicação ao postulado da “*societas non delinquere potest*”:

Desses pontos de partida, a tese central que conduz este trabalho pretende submeter à crítica a seguinte hipótese: a escolha de uma determinada ideia de sujeito condiciona os conceitos e as soluções dogmáticas da teoria do delito e em especial o de ação e o de culpabilidade; portanto, a negação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas sob o fundamento da incapacidade de ação e de culpabilidade, no sentido da teoria do delito atual, padece de uma certa circularidade.

[...]

Um estudo histórico-dogmático do princípio *societas non delinquere potest* mostra que sua origem não se fundamenta tanto nos conceitos mesmos de ação e de culpabilidade, mas na relevância que adquire o indivíduo como sujeito de Direito em um determinado momento histórico. A ideia de ficção das pessoas jurídicas começa a ser forjada pelos canonistas por um interesse primordial: diferenciar entre os direitos da *universitas* e os do *singulii* para sustentar que a *universitas* como ser inanimado era incapaz de ação e, portanto, incapaz de cometer delitos e, finalmente, incapaz de ser excomungada. No entanto, é importante ressaltar que esta mesma ideia de ‘ficção’ em absoluto impede aos pós-glosadores reconhecer, em certa medida, a responsabilidade das *universitas* (BARTOLO DE SEXAFERRATO)

Essa ideia de ficção, mas com fundamento distinto, consolida-se na época liberal-individualista e é desenvolvida por Savigny. De uma perspectiva individualista, sustenta Savigny que as pessoas jurídicas são pessoas sem capacidade de ação e, portanto, só se trata de ‘uma ficção criada pelo Direito para obtenção de determinados fins’. Essa ideia de pessoa jurídica é produto da ideia de sujeito baseada no indivíduo. Essa mesma concepção é a partir da qual se elaboram as categorias dogmáticas de ação e de culpabilidade e, portanto, não podem estar compostas senão pelos elementos contidos nesse sujeito. Isso é consequência da importância que adquire a ética na discussão jurídica e a consideração do sujeito como um ser eticamente responsável (SAGGESE, 2005, p. 86).

Se a discussão nos sistemas ligados ao *civil law* estava marcado pelo postulado do *societas non delinquere potest* “[...] o enfoque pragmático da Common Law sempre aceitou a empresa como uma realidade social inafastável, dotada de vontade própria e capaz de se comportar em desconformidade ao direito” (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 281).

Thomas J. Bernard ressalta que os primeiros precedentes jurisprudenciais nesse sentido ocorreram relativamente aos danos públicos (*public nuisance*) cometidos por governos locais¹¹⁶. O efetivo reconhecimento dessa responsabilidade, no entanto, só deu após

¹¹⁶ “[...] Já que as pessoas coletivas não eram capazes de pensamentos para darem ordens ou consentimentos, elas eram geralmente isentas de responsabilidade criminal. Uma exceção a essa regra era a do senhor que era penalmente responsável por criar danos públicos (*public nuisance*) se qualquer membro de seu agregado familiar ‘espraiasse ou lançasse algo fora de sua casa na rua ou em via comum, em dano de qualquer indivíduo ou em perturbação pública dos vassallos de sua majestade’ (Ehrlich 1959:76). A primeira forma conhecida de responsabilidade penal empresarial era diretamente comparável: unidades governamentais locais eram

a Revolução Industrial, com a persecução penal de companhias férreas, algumas baseadas justamente nesses danos públicos (*public nuisance*), primeiramente na Inglaterra¹¹⁷ e posteriormente nos EUA¹¹⁸: “Em ambos os casos, os julgadores assentaram que as sociedades não poderiam cometer crimes que requeressem elemento subjetivo, desenhando um novo limite na responsabilidade penal empresarial” (BERNARD, 1984, p. 8).

A possibilidade do cometimento desses crimes com esse elemento subjetivo (“criminal intention” ou “mens rea”) só foi jurisprudencialmente reconhecido nos Estados Unidos em 1908¹¹⁹, e na Inglaterra em 1917¹²⁰:

Tendo sido admitido que o elemento subjetivo pudesse ser atribuído a uma sociedade através da intenção de seus agentes, foi só uma questão de definir precisamente quais agentes poderiam ser considerados para que atuassem e tencionassem pela sociedade. No presente momento, a regra geral parece ser a de que uma sociedade pode ser penalmente responsável se um empregado de qualquer nível comete um crime no âmbito de suas funções e com a intenção de beneficiar a sociedade (ELKINS, 1976). Isso geralmente inclui ações que, apesar das intenções do empregado, não resultam em qualquer benefício à sociedade, mas geralmente não inclui ações realizadas em exclusivo benefício do próprio empregado (BERNARD, 1984, p. 10).

Desse panorama histórico, merecem destaque dois diplomas legislativos: nos Estados Unidos, o *Elkins Act* de 1903, que permitiu a atribuição desse elemento subjetivo (*mens rea*) a essas companhias férreas (BERNARD, 1984, p. 9 e 13); e na Inglaterra, o *Interpretation Act*, de 1978, que refere que essa responsabilidade coletiva se refere às pessoas jurídicas e aos entes despersonalizados (*unicorporation association*) (SHECAIRA, 2011, p. 28).

Em uma análise ampla da responsabilidade penal dos entes coletivos (*corporate liability*), Eric Colvin classifica em duas as teorias sobre as personalidade jurídica nos sistemas ligados ao *common law*: a) *teorias nominalistas (teoria da ficção)*: “A ‘pessoa jurídica’ (‘corporation’) é simplesmente um nome para a coletividade e a ideia de que a

penalmente responsáveis por criar danos públicos se os agentes locais falhassem em manter adequadamente as estradas e cursos d’água que passavam por sua jurisdição (Elkins 1876: 87-90; Pollock e Maitland 1968a: 678-679; 1968b:520). Parece que as unidades governamentais vieram a ser consideradas como pessoas jurídicas, e que elas portanto assumiram responsabilidade penal como ‘senhores’ quando os seus ‘servos’, os agentes locais, criarem dano público nas ruas ao falharem em mantê-las. Assim, essa exceção menor à regra da ‘ordem e consentimento’ da responsabilidade vicária aparentemente foi a fonte original da responsabilidade penal empresarial na tradição anglo-americana da *common law*” (BERNARD, 1984, p. 6).

¹¹⁷ Em 1842 (*Queen v. Birmingham and Gloucester Railway Company*) e em 1846 (*Queen v. Great North of England Railway Company*).

¹¹⁸ Em 1852 (“*State v. Morris and Essex Railroad Company*”).

¹¹⁹ “*New York Central and Hudson River Railroad Co. v. United States*”.

¹²⁰ “*Mousell Brothers v. London and Northwestern Railway*”.

pessoa jurídica pode atuar por si só e ser culpável é uma ficção”; b) *teorias realistas*: “Pessoas jurídicas podem atuar e serem culpadas de um modo diferente daquele em que seus membros podem atuar e serem culpados” (COLVIN, 1995, p. 2).

Eric Colvin ressalta que, nas *teorias nominalistas* (*teoria da ficção*), a responsabilidade das pessoas coletivas é sempre *derivada* (ou seja, refere-se sempre à culpabilidade da pessoa física que atuou em nome da pessoa jurídica, sempre dependendo dessa sua conduta: se não há responsabilidade individual, não há responsabilidade coletiva); já nas *teorias realistas*, a responsabilidade das pessoas coletivas é *primária* (ou seja, independe da responsabilidade da pessoa física que em seu nome atuou).

Eric Colvin destaca como dois os principais modelos de responsabilidade penal das pessoas coletivas decorrentes das construções jurisprudenciais no séc. XX (ambos são de responsabilidade derivada):

- a) responsabilidade vicária (*vicarious liability*): que ocorre quando a pessoa jurídica “[...] é responsabilizada pela conduta de todos os seus executivos, empregados e agentes que estejam atuando no âmbito de sua atividade ou autoridade, onde quer esses executivos, empregados ou agentes sejam eles mesmos criminalmente responsáveis” (COLVIN, 1995, p. 2);
- b) responsabilidade por identificação (*identification liability*)¹²¹: “Sob esse modelo, responsabilidade só pode ser derivada de um espectro estreito de funcionários: aqueles que podem ser concebidos como atuando como a pessoa jurídica mais do que em nome da pessoa jurídica” (COLVIN, 1995, p. 3).

Tais modelos de responsabilidade derivada (responsabilidade vicária e por identificação), no entanto, sempre teriam suscitado questionamentos¹²² quando de sua aplicação concreta, questionamentos esses que teriam ganhado ainda mais corpo depois

¹²¹ Sob a responsabilidade por identificação, mereceria destaque a decisão da Câmara dos Lordes no caso “*Tesco Supermarket Ltd. v. Natrass*” (1972), em que se assentou existir a responsabilidade penal da pessoa jurídica unicamente em decorrência da atuação de seus executivos controladores (*controlling officers*), ou seja, somente quanto à atuação das pessoas físicas que façam parte do centro de poder desse ente coletivo (“*directing mind*”) – conselho de administração, diretoria, diretor-presidente ou equivalentes (COLVIN, 1995, p. 8; SHECAIRA, 2011, p. 29).

¹²² “A atribuição da responsabilidade à pessoa jurídica é arbitrária já que não é necessária qualquer relação com culpabilidade. A responsabilidade empresarial se liga mais à conduta dos funcionários da pessoa jurídica do que à presença de uma falha sua” (COLVIN, 1995, p. 15).

ocorrência do acidente com o *ferryboat* inglês *Herald of Free Enterprise*¹²³ em 1987. Nesse contexto, segundo Eric Colvin, os modelos derivados acabaram por dar maior espaço aos chamados modelos de *responsabilidade organizacional*

Dentro desses modelos de responsabilidade organizacional, Eric Colvin destaca, como critério para atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica, a configuração de sua negligência empresarial (*corporate negligence*):

Companhias são organizações que tipicamente possuem recursos em pessoal, expertise, habilidade técnica e dinheiro. Não é nenhum absurdo se esperar que a companhia dedique alguns de seus recursos para evitar a ocorrência de danos, seja como resultado das atividades da sociedade seja do uso dos recursos e estruturas da organização. Se a companhia falha na tomada de precauções razoáveis para prevenir que danos sejam causados em ambas as maneiras, ela pode ser considerada culpada [...] Mesmo na ausência de qualquer falha pela ocorrência inicial, seria apropriado impor responsabilidade criminal pela ‘culpa reativa’ da companhia; ou seja, sua falha em tomar as adequadas precauções para garantir que o cometimento de danos não seja repetido (COLVIN, 1995, p. 25).

Por isso seria delas exigível um dever geral de cuidado (*general duty of care*)¹²⁴ Dá como exemplo dessa responsabilidade organizacional as disposições do Código Penal modelo australiano (*Australian Model Criminal Code*), que se refere à cultura empresarial (*corporate culture*) como requisito para a atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas (COLVIN, 1995, p. 34):

A cultura pode determinar a ocorrência do crime, seja porque realmente o determinou seja porque o caráter dessa cultura levou ao seu cometimento. Alternativamente, a cultura pode ter dado suporte psicológico para o cometimento do crime, através de um encorajamento ativo ou de uma tolerância passiva (COLVIN, 1995, p. 37).

Tais explicações, sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas no *common law*, são necessárias não só para demonstrar sua peculiaridade em relação ao tratamento desse mesma matéria pelos sistemas do *civil law*, mas também porque tais formulações exerceram forte influência, especialmente a partir de meados do séc. XX, na disciplina da responsabilidade dos entes coletivos em vários países.

¹²³ Segundo o autor, apesar de as investigações terem apontado uma clara responsabilidade da pessoa jurídica, em razão da negligência (*disease of sloppiness*) da diretoria na tomada de medidas de segurança mais amplas, ainda assim não se pode reconhecer a responsabilidade empresarial: “A corte insistiu que o desleixo organizacional da pessoa jurídica era imaterial já que sua responsabilidade dependia de responsabilidades penais individuais” (COLVIN, 1995, p. 17).

¹²⁴ “Além disso, seria apropriado aumentar essa exposição através da imposição de um dever geral das sociedades em prevenir que suas operações causem danos e que suas estruturas e recursos sejam usados para causar danos” (COLVIN, 1995, p. 26).

Tal dicotomia entre os sistemas do *civil law* e os do *common law* começou a cair após a I Guerra Mundial, quando houve uma crescente retomada da responsabilidade penal das pessoas jurídicas¹²⁵, especialmente nos delitos de natureza econômica e contra o meio ambiente. Sérgio Shecaira fala em “[...] um movimento internacional pela responsabilização dos entes coletivos, em todas as esferas” (SHECAIRA, 2011, p. 21), isso mesmo nos países ligados ao *civil law*.

Um panorama de diversas ordens jurídicas, do final do séc. XX ao início do séc. XXI, serve para comprovar essa crescente responsabilização das pessoas jurídicas¹²⁶. Em um *primeiro grupo* estão os países em que ainda predomina o *societas non delinquere potest*, ou seja, a regra geral da incapacidade penal das pessoas coletivas (Bélgica e Itália). No *segundo*, de natureza intermediária, há o parcial reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas só de forma minorada, como ocorre na Alemanha, em que os entes coletivos podem responder diretamente por contravenções¹²⁷. Por fim, no *terceiro grupo*, estão aqueles países em que reconhecem de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, nos quais estão, além dos países ligados ao sistema da *common law* (Inglaterra, EUA e Austrália), outros que também consagraram essa responsabilidade coletiva ao longo do séc. XX (Holanda, Dinamarca, Portugal, França, Japão, México, Colômbia, Suíça e, a partir de 2010, também a Espanha – vide Busato (2012, p. 103).

Dentre os países europeus constantes desse *terceiro grupo*, Enrique Bacigalupo ressalta que, mesmo nos países em que a há uma exigência constitucional da responsabilidade subjetiva na seara penal, isso não foi óbice ao estabelecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, seja de modo pleno (Portugal e Espanha), seja de modo parcial (Alemanha):

O princípio da culpabilidade e a responsabilidade pessoal no Direito penal e sancionador não aparecem, na atualidade, como impedimento decisivo para estabelecer a responsabilidade sancionadora de pessoas jurídicas no Direito comunitário. No entanto, não se pode contornar o caráter de direito fundamental que no Direito constitucional de alguns Estados membros (Alemanha, Espanha, Portugal e talvez Grécia) se reconhece a algumas das consequências do princípio da culpabilidade e mesmo à sua validade, incluindo o âmbito do Direito administrativo sancionador como declarado pelos Tribunais Constitucionais desses referidos Estados membros. De qualquer maneira, o princípio da culpabilidade deverá exercer

¹²⁵ Recorde-se que, antes do momento histórico entre os séculos XVII e XIX, há referências de casos de condenações penais de entes coletivos (cidades).

¹²⁶ Para tanto, será utilizada a abordagem proposta por Sérgio Shecaira e Enrique Bacigalupo (SHECAIRA, 2011, p. 26; BACIGALUPO, 2005b, p. 63).

¹²⁷ Conforme previsto na Lei Geral das Contra-Ordenações OWiG, §30: “Às pessoas jurídicas podem ser impostas sanções pela via do chamado direito penal administrativo, ou contravenção à ordem. Estas são infrações de menor gravidade. Sua sanção não é a multa pena (*Geldstrafe*), mas sim uma multa administrativa (*Geldbusse*)” (SHECAIRA, 2011, p. 48).

certa influência na configuração dos critérios de imputação à pessoa jurídica das infrações cometidas por aqueles que atuam em seu nome, interesse, representação etc. O conceito de ‘culpabilidade da organização’ parece adequado a orientar esse ponto no Direito comunitário (BACIGALUPO, 2005b, p. 79).

Um dos motores dessa “onda” de reconhecimento, pelos sistemas do *civil law*, da responsabilidade penal dos entes coletivos, certamente foi a disciplina da questão no âmbito da União Europeia, que expressamente adotou tal responsabilização relativamente à matéria ambiental (Diretiva 80/2003 e Normativa 667/2005), isso além da referência no *Corpus Juris* (art. 14) dessa mesma responsabilização quanto à matéria financeira (SHECAIRA, 2011, p. 61).

É nesse contexto internacional que se pode contextualizar as disposições, contidas na Constituição Federal brasileira de 1988, sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas quanto aos crimes ambientais¹²⁸ e quanto aos crimes contra a ordem financeira, econômica e contra a economia popular¹²⁹. Sergio Shecaira, ao tempo em que faz um amplo panorama na doutrina penal brasileira acerca da controvérsia sobre essa responsabilidade penal da pessoa jurídica na CF/88 (SHECAIRA, 2011, p. 122), assim resume sua conclusão de que a Constituição Federal de 1988 efetivamente consagrou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas:

Mencionou-se, em capítulos anteriores, que diversos países, no passado remoto, fizeram uso da responsabilidade coletiva. Mencionou-se, ainda, que em sucessivos congressos internacionais, simpósios, encontros, o tema é debatido, quase sempre com a adoção de sugestão no sentido de serem adotadas formas de se excepcionar a responsabilidade individual. No XV – e último – Congresso Internacional de Direito Penal, promovido pela AIDP, realizado em setembro de 1994 no Rio de Janeiro, a adoção da responsabilidade coletiva foi objeto de recomendação expressa para crimes ecológicos. O Conselho da Europa, em duas oportunidades, através de seu Comitê de Ministros, sugeriu a adoção da responsabilidade penal para as corporações, quer por crimes econômicos, que por atividades que atinjam o meio ambiente (Resolução nº 77-28, de 28 de setembro de 1977, e a Recomendação nº 82-15, de 24 de setembro de 1982). No âmbito do Mercosul o tema foi debatido no Seminário de Assunção, em Valença e ainda em Maldonado. Diversos países, em sua história recente, fizeram modificações em suas leis ordinárias para excepcionar a responsabilidade pessoal. Citem-se a Holanda, Portugal, a França, dentre outros. É estranho que nosso legislador constituinte tenha ficado isolado de tudo o que se passa a sua volta, mas que tenha introduzido dispositivos em duas passagens da Carta de 1988, absolutamente de acordo com que a Comunidade Europeia, Estados Unidos, Canadá e inúmeros outros países o fazem! Vê-se, claramente, que as modificações não aconteceram na regra geral (que continua a ser da responsabilidade pessoal) mas em tópicos excepcionais, em áreas mais sensíveis, em

¹²⁸ CF/88, art. 225, §3º - “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

¹²⁹ CF/88, art. 173, §5º - “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

que o poderio das empresas tornou-se incontrolável com os instrumentos tradicionais de direito penal. Não é por outra razão que se fez, nos capítulos iniciais deste trabalho, uma longa digressão histórico-comparatística sobre o tema. É ela imprescindível para a inteligência de nossa norma constitucional e para que possa fazer aflorar as razões da opção do legislador. Este alterou nossa tradição recente nos exatos pontos (direitos econômico e ecológico) em que as principais legislações estrangeiras também o fizeram, como no caso de Portugal e da Holanda. Não é, pois, um movimento isolado, afastado do que ocorre ao nosso redor (SHECAIRA, 2011, p. 128).

Seja para aqueles que se filiam ao postulado da *societas non delinquere potest*¹³⁰, seja para aqueles que, mesmo admitindo a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, fazem severas críticas à disposição da matéria pela Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) (Cf. SHECAIRA, 2011, p. 154 e 161), parece não restar qualquer dúvida de que o ordenamento brasileiro efetivamente entrou no rol daqueles que admitem a responsabilidade das pessoas jurídicas após seu expresse reconhecimento quanto aos crimes ambientais¹³¹.

3.3.1 Modelos de responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas e direito administrativo sancionador

Feito esse panorama do tratamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica não há como se deixar de reconhecer a relevância de tais considerações acerca de critérios para uma definição de uma culpabilidade própria das pessoas jurídicas (responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica). Essa responsabilidade penal coletiva não se diferenciaria, em tese, das estruturas para a apuração da responsabilidade administrativa desses entes coletivos (BACIGALUPO, 2005a, p. 43). E tais critérios, mesmo que não de modo sistemático, são

¹³⁰ Para uma defesa do postulado do “*societas non delinquere potest*” e uma comparação dos regimes da responsabilidade penal da pessoa jurídica no “*common law*”, na França e no Brasil, vide PRADO, 2010, p. 125. Luís Regis Prado inclusive reputa que a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, no Brasil, deu-se também por influência do movimento do “*Law and Economics*”: “A ideia de um Direito Penal eficiente – eficiência social – significa que o sistema penal eleva sua eficiência prescindindo parcialmente da sujeição a seus princípios e é colocado à disposição estatal como mecanismo forte de combate à criminalidade, reduzindo ao mínimo os pressupostos da punibilidade, com lastro na chamada imperiosa necessidade. Trata-se de corrente puramente utilitarista denominada *Law and Economics*, ou análise econômica do Direito, que visa à ‘*utilização de técnicas como a análise custo-benefício na elaboração das políticas públicas e na justificação das decisões judiciais, a decidida abertura do discurso jurídico ao tema das consequências econômico-sociais do Direito, ou a consideração da eficiência econômica como valor jurídico*’” (PRADO, 2010, p. 148). A citação final é de Jesús-María Silva Sanchez.

¹³¹ Lei 9.605/98, art. 3º: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. Por fim, merece destaque já que consta, do Projeto de Novo Código Penal (PLS 236/12), expressa previsão sobre a possibilidade dessa responsabilização criminal de pessoas jurídicas (arts. 41, §1º e 42). Uma análise mais ampla dessa iniciativa legislativa, com relevantes e ponderáveis críticas, é feita por Paulo César Busato (2012, p. 102).

certamente levados em conta para imposição de penalidades administrativas, como adiante de demonstrará¹³².

Para uma melhor visualização destes modelos de responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica, propõe-se uma classificação o grau de dependência, da conduta do indivíduo, para determinação dessa responsabilidade coletiva¹³³: a) *modelos derivados exclusivos* (heterorresponsabilidade exclusiva); b) *modelos derivados simples* (heterorresponsabilidade simples); c) *modelos diretos ou organizacionais* (autorresponsabilidade).

Nos *modelos derivados exclusivos* (heterorresponsabilidade exclusiva), a responsabilidade da pessoa jurídica é estritamente dependente da culpabilidade da pessoa física (autor material da infração), que em seu nome atuou. Nesse modelo derivado exclusivo se destacam as teorias da *responsabilidade pelo fato de outrem (ou responsabilidade vicária)* e a da *teoria orgânica da pessoa jurídica (ou teoria do alter ego)*.

Pela teoria da responsabilidade pelo fato de outrem (ou responsabilidade vicária), a pessoa jurídica responderia pelos atos cometidos pela pessoa física que em seu nome atuasse. A pessoa física (autora imediata) responderia pelos critérios tradicionais de imputação por responsabilidade subjetiva. Já quanto à pessoa jurídica, tal fato seria imputado a título de responsabilidade objetiva, isto é, sem qualquer perquirição acerca de uma culpabilidade própria sua, isso *desde que* a infração a) tenha sido praticada por empregado da empresa; b) dentro dos limites e no exercício de suas funções e c) em favor da empresa (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 736; MACHADO *et al.*, 2009, p. 33). Para Jean Pradel (1998, p. 53), na França, a jurisprudência adotou essa modalidade de responsabilização, a qual é por ele denominada de *responsabilidade por reflexo ou ricochete*, entendimento esse que parece coincidir com aquilo determinado pelo art. 3º da Lei 9.605/98 (MACHADO *et al.*, 2009, p. 35).

Já segundo a *teoria orgânica da pessoa jurídica (ou teoria do alter ego)*, a pessoa jurídica também seria responsabilizada objetivamente, mas só pelos atos praticados por um *determinado grupo* de pessoas físicas, qual seja, aqueles que, compondo seus órgãos sociais, atuam em seu nome. Tais pessoas físicas não se constituíam meros representantes da pessoa

¹³² Vide capítulo seguinte.

¹³³ Classificação feita a partir de Machado *et al.* (2009, p. 31); Pradel (1998, p. 53); Busato (2012, p. 101); Shecaira (2011, p. 98 e 166). OLIVÉ *et al.* (2011) falam em sistemas substitutivos e sistemas diretos (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 736). Já aqui se pode perceber o paralelo dessas formulações com aquelas existentes no “*common law*”, que fala em modelos derivados (dependentes da culpabilidade do autor material da infração, em que a responsabilidade coletiva só pode existir se há responsabilidade individual), e em modelos primários ou diretos (em que essa responsabilidade coletiva se funda na conduta organizacional - “*organizational conduct*” da própria pessoa jurídica (COLVIN, 1995, p. 2).

jurídica mas, por ficção jurídica, seriam a própria pessoa jurídica, em padrões bem próximos àqueles de direito civil (MACHADO *et al.*, 2009, p. 34).

Além da clara similitude com as modalidades derivadas de responsabilidade das pessoas jurídicas no *common law* (COLVIN, 1995, p. 2 e 6), as referidas teorias também estão bem próximas ao entendimento modelo tradicional da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica¹³⁴, mas com o acréscimo de algumas especificidades¹³⁵. Qualquer que seja sua modalidade, nesses modelos derivados exclusivos a pessoa jurídica será responsabilizada *objetivamente* (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 737; MACHADO *et al.*, 2009, p. 33). Essa responsabilização objetiva das pessoas coletivas é apontada como uma das críticas a esses modelos derivados de responsabilidade das pessoas jurídicas:

A outra grande objeção à responsabilidade por identificação é a mesma que foi produzida contra a responsabilidade vicária em todas as suas formas. A atribuição da responsabilidade à pessoa jurídica é arbitrária já que não é necessária qualquer relação com culpabilidade. A responsabilidade empresarial se liga mais à conduta dos funcionários da pessoa jurídica do que à presença de uma falha sua. Em muitos casos, mesmo que haja alguma forma de dever corporativo pela conduta de seu pessoal, a teoria da identificação não toma esse dever como um requisito para sua responsabilidade (COLVIN, 1995, p. 15).

Nos *modelos derivados simples (heterorresponsabilidade simples)*, a responsabilidade da pessoa jurídica até depende da culpabilidade da pessoa física (autor material da infração), mas não se exaure nessa conduta. Consiste em uma forma intermediária já que, apesar de estar vinculada à atuação de uma pessoa física (como nos modelos derivados), só reconhece a responsabilidade da pessoa jurídica quando existente responsabilidade subjetiva sua na infração (como nos modelos diretos ou organizacionais).

Exemplo desse modelo seria a concepção da conduta da pessoa jurídica como uma “ação institucional”:

¹³⁴ Prova dessa proximidade dessas concepções é o posicionamento de Heraldo Vitta que, apesar de não se filiar expressamente a essa nova dogmática da responsabilidade penal da pessoa jurídica, aduz que, para caracterização da responsabilidade da pessoa jurídica em decorrência da atuação de certa pessoa física, “(...) basta sabermos se tais pessoas estão encarregadas de exprimir a vontade da pessoa da pessoa coletiva; em suma, se agem em prol ou no interesse do ente coletivo – é o que importa” (VITTA, 2003, p. 51).

¹³⁵ Juan Carlos Ferré Olivé *et al.* (2011, p. 735) enumera os seguintes requisitos: a) constatação da existência de um fato criminoso praticado por uma pessoa física membro da empresa; b) fato esse que tenha sido praticado dentro do marco próprio das atividades da empresa e c) que trague alguma forma de benefício ou vantagem para empresa (o que excluiria a hipótese de esse benefício ou vantagem se referir exclusivamente à pessoa física). Já Sérgio Shecaira (2011, p. 104, 137 e 166) enumera os seguintes requisitos: a) que a infração individual seja praticada no interesse da pessoa coletiva; b) a infração individual não pode situar-se fora da esfera da atividade da empresa (o que excluiria as infrações alheias ao domínio normal das atividades da empresa); c) a pessoa física que praticou a infração deve estar estreitamente ligada à pessoa jurídica (como um empregado ou preposto da empresa); d) a infração individual deve ser praticada por intermédio da infraestrutura oferecida pela pessoa jurídica (isto é, a infração deveria ter “o auxílio do poderio da pessoa coletiva”, sendo este o requisito determinante para atribuição de um crime à pessoa jurídica).

O ponto de partida dessa perspectiva dicotômica na natureza qualitativamente distinta da ação da pessoa jurídica que, por razões de clareza, pode ser denominada de “ação institucional”. É evidente que o ser humano atua tanto na execução quanto na elaboração da decisão institucional. O componente individual não jaz separado do objeto de análise social mas, ao contrário, seu tratamento compõe o entranhado de cada um dos conceitos vetoriais integradores da unidade. Este novo esquema, com duas vias de imputação em face do ato delitivo protagonizado por um ente coletivo, pode ser denominado sistema de “dupla imputação” por encarar a pessoa jurídica como unidade independente da pessoa humana. Tem-se, dessa forma, um conceito de vontade distinto, que se materializa em um ‘ação institucional’ (SHECAIRA, 2011, p. 98).

Quando do cometimento de um crime por uma pessoa jurídica, sempre seriam duas as responsabilidades subjetivas a serem descritas e apuradas: a) da pessoa física, como *autor material da ação delituosa*, e; b) da pessoa jurídica, como *garante*:

Nesse sentido mais geral, está a empresa numa função de ‘garante’ em face de seu empregado. Deve ela ser reprovada como tal, por poder e dever agir para evitar o resultado. A empresa poderá, pois, não só ser punida quando deliberar – praticar – o ato ilícito, mas também quando não impedir que ele seja praticado em seu benefício exclusivo (SHECAIRA, 2011, p. 103).

Segundo essa concepção da “ação institucional”, a pessoa jurídica se mostraria como *autora mediata* e a pessoa física (autora material do crime) como *coautora imediata*, em uma realidade em que sempre existiria com vínculo subjetivo entre eles, já que a infração individual é sempre praticada por intermédio da infraestrutura oferecida pela pessoa jurídica. Sérgio Shecaira caracteriza essa realidade como uma hipótese de “*coautoria necessária*”:

A empresa – por si mesma – não comete atos delituosos. Ela o faz por meio de alguém, objetivamente uma pessoa natural. Sempre por meio do homem é que o ato delituoso é praticado. Se se considerar que só haverá a persecução penal contra a pessoa jurídica, se o ato for praticado em benefício da empresa por pessoa natural estritamente ligada a pessoa jurídica, e com a ajuda do poderio desta última, não se deixará de verificar a existência de um concurso de pessoas. Sem desconsideração de situações mais complexas, o que em alguns casos é possível ocorrer, teremos sempre, no mínimo, a existência de dois autores: haverá, portanto, coautoria necessária. Para haver punição de uma empresa, obrigatoriamente devemos considerá-la como autora mediata. Ela sempre agirá por meio de alguém, seu coautor imediato (SHECAIRA, 2011, p. 166).

Este entendimento, acerca do caráter de coautoria necessária no âmbito dessa noção de “ação institucional”, já mereceu expressa adesão por parte do STJ, em julgamentos de casos de crimes ambientais¹³⁶.

¹³⁶ “A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade” (RESP 564.960/SC, Rel. Min. GILSON DIPP); “Aceita-se a responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, sob a condição de que seja denunciada em coautoria com pessoa física, que tenha agido com elemento subjetivo próprio (Precedentes)” (RESP 800.817/SC, Rel. Min. CELSO LIMONGI)

Por fim, nos *modelos diretos ou organizacionais (autorresponsabilidade)*, a aferição de responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica não dependeria da verificação da conduta específica da pessoa física (autor material do crime). Dentro deste segundo grupo, podem ser destacadas as teorias da culpabilidade por *defeito da organização* (K. Tiedemann), pela *condução da atividade empresarial* (G. Heine) e pelo *injusto do sistema* (E. J. Lampe).

Para a *teoria do defeito da organização*, elaborada por Klaus Tiedemann, a *pessoa jurídica* seria responsável, a título de responsabilidade subjetiva própria sua, sempre que seus órgãos não tenham tomado as medidas de cuidado e vigilância necessárias à garantir uma atividade regular e não-delitiva. A responsabilização da pessoa jurídica se dá pela *omissão no seu dever de vigilância (defeito de organização)* (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 739; MACHADO 2008, p. 170; MACHADO *et al.*, 2009, p. 33 e 267). Esse conceito de defeito da organização é apontado como fundamento para instituição de responsabilidade penal direta dos entes coletivos na Suíça (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 737; SHECAIRA, 2011, p. 53) e na Austrália (SHECAIRA, 2011, p. 59).

Na *teoria da condução da atividade empresarial*, de Günther Heine, a responsabilização *subjetiva* da pessoa jurídica não decorreria de um específico distúrbio empresarial, mas da *gerência defeituosa dos riscos inerentes à atividade por ela exercida*. Analisado o comportamento empresarial ao longo do tempo da pessoa jurídica e excedidos esses limites de risco permitido, poderia estar caracterizada a responsabilização subjetiva da empresa (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 739; MACHADO *et al.*, 2009, p. 276). Fábio Guedes de Paula Machado ressalta, nessa concepção de Heine, a *elevação desse risco permitido* como conducente à responsabilização subjetiva da pessoa jurídica:

Em suma, esta teoria determina os critérios de imputação que permitem afirmar que a pessoa jurídica aumentou o risco da empresa de maneira culpável. Outrossim, e em razão das particularidades da pessoa jurídica nenhum dos conceitos formulados à pessoa natural deve ser utilizado.

Ou seja, o objeto de imputação à pessoa jurídica é o aumento do risco próprio da atividade da empresa, da que é garante, e que incorreu em atividade de risco defeituosa ou administração incorreta do risco, e esse risco tenha se realizado em lesões ou colocações em perigo do bem jurídico protegido. Neste sentido, é irrelevante o comportamento individual errôneo (MACHADO, 2008, p. 172).

Para a *teoria do injusto do sistema*, de Ernst-Joachim Lampe, haveria que existir uma redefinição das categorias dogmáticas tradicionais, todas focadas na responsabilização individual da pessoa física. Com o fim de tentar abarcar a complexidade das circunstâncias fáticas do mundo atual, Lampe cria a categoria de “*sistema de injusto*”, concernente às relações de pessoas organizadas com fins ilícitos. Ao tempo em que distingue entre (i) o

injusto que ocorre no âmbito empresarial contra a própria empresa, daquele (ii) que tem lugar no âmbito empresarial, aduz que estes últimos, por decorrerem de uma organização deficiente da empresa, são a ela própria imputados:

Neste sentido, injustos de dimensão sistêmica seriam todos aqueles comportamentos que lesionam bens jurídicos com base em certa filosofia da empresa ou com uma dada forma de sua organização (LAMPE, 1994, p. 709). A responsabilidade penal com base na filosofia da empresa dar-se-ia quando seu caráter delitivo encontra expressão no comportamento lesivo de um de seus membros. A responsabilidade com base na estrutura de organização da empresa, por sua vez, seria um injusto sistêmico quando favorecesse seus membros no cometimento de delitos. Concretamente, existiriam quatro causas fundamentais que constituiriam um injusto de sistema de responsabilidade da empresa: a) o potencial perigo utilizado pela empresa para realizar uma dada prestação; b) a estrutura deficitária de sua organização (*defiziente Organisationsstruktur*), que neutralizaria erroneamente a periculosidade deste potencial; c) uma filosofia empresarial criminógena, que ofereceria aos membros da organização a tentação de levar a cabo ações delitivas; d) a erosão de responsabilidade interna à empresa, nos casos em que esta não possui regras claras e eficientes de responsabilização de seus membros em caso de desvios funcionais (LAMPE, 1994, p. 709).

A partir disto, fica claro que para Lampe, também a uma empresa – enquanto sistema social – pode-se formular uma reprovação ético-social. Em concreto, pode-se afirmar que “a culpabilidade de uma empresa – de seu management – consiste no fato de esta ter criado ou mantido uma filosofia criminógena e/ou certas deficiências organizativas” (LAMPE, 1994, p. 732). A culpabilidade da empresa seria expressão de um caráter empresarial defeituoso, na medida em que esta, na hora de fixar seus objetivos e organizar seu instrumental para a perseguição dos mesmos, o faz de tal modo reprovável que passe a ser visto como um sistema que não está à altura de suas responsabilidades (LAMPE, 1994, p. 724) (MACHADO *et al.*, 2009, p. 272).

As linhas gerais desses modelos de responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica podem ser mais bem visualizadas conforme Quadro 6 a seguir:

Quadro 6 - Modelos de responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica.

Modelos de Responsabilidade Subjetiva da Pessoa Jurídica		
Modelos derivados exclusivos (heterorresponsabilidade exclusiva)	Modelos derivados simples (heterorresponsabilidade simples)	Modelos diretos ou organizacionais (autorresponsabilidade)
<p>pessoa física → resp. subjetiva</p> <p>pessoa jurídica → resp. objetiva</p>	<p>pessoa física → resp. subjetiva</p> <p>pessoa jurídica → resp. subjetiva</p>	<p>pessoa jurídica → resp. subjetiva</p>
<p>- responsabilidade pelo fato de outrem (ou responsabilidade vicária)</p> <p>- teoria orgânica da pessoa jurídica (ou teoria do alter ego)</p>	<p>- “ação institucional”</p>	<p>- defeito da organização (K. Tiedemann)</p> <p>- condução da atividade empresarial (G. Heine)</p> <p>- pelo injusto do sistema (E. J. Lampe)</p>

Fonte: Elaboração do autor

Esclareça-se que as referidas considerações, bem longe de pretender uma exposição exauriente da questão, somente têm por fim afirmar que, quando do cometimento da infração de natureza penal (e, por extensão, também a de natureza administrativa) por uma pessoa jurídica, é perfeitamente possível se pretender que sua conduta não seja identificada unicamente com a conduta da pessoa física que atua em seu nome (autor imediato da infração). Uma das consequências do modelo derivado simples e do modelo direto (ou seja, em que se cogita uma responsabilidade coletiva independente) é a conclusão de ser possível a responsabilização da pessoa jurídica sem que exista a responsabilização da pessoa física autora material da infração (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 738; MACHADO *et al.*, 2009, p. 38):

Com respeito à empresa, esta possui sua própria culpabilidade (...) Trata-se do defeito de organização que, por um lado, permite que dentro da empresa se cometam fatos criminosos e, por outro lado, é o que dá fundamento à sanção penal. Esta fundamentação é muito importante porque tem duas consequências claras. Em primeiro lugar, se uma empresa estabeleceu corretamente os mecanismos de gestão, organização e controle para evitar crimes e, ainda assim, houve um fato criminoso, a entidade não responderá penalmente, pois não existe culpabilidade. Em segundo lugar, se uma vez cometido o crime, a empresa demonstra um comportamento post-criminoso adequado, provando que o ocorrido foi pontual e adotando as normas internas pertinentes para evitar novos crimes no futuro, a culpabilidade e a pena podem desaparecer (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 738).

Outra consequência desses modelos que cogitam uma responsabilidade coletiva independente (especialmente quanto à vertente do *defeito de organização*) é a crescente importância, neles assumida, pelos chamados programas de *compliance* “*compliance*

programs” (MACHADO *et al.*, 2009, p. 40): “A empresa estará corretamente organizada para fins penais se implementou programas de prevenção de crimes, mecanismos internos e externos de controle e códigos de prevenção” (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 739):

[...] Fala-se de uma motivação indireta das pessoas físicas responsáveis pela empresa, para que se incrementem os níveis de gestão, organização e controle para evitar crimes. Tudo isso se refletiria nos chamados *compliance programs* ou modelos de organização, ou seja, instrumentos jurídicos que assentam as bases que deverão ser respeitadas pela organização interna da empresa. Estes critérios provêm fundamentalmente das várias normas e diretrizes reguladoras dos diferentes setores da atividade empresarial (regime jurídico dos trabalhadores, meio ambiente, tributação, bolsas e mercados etc.). Trata-se fundamentalmente de códigos de conduta, mecanismos de controle e auditoria que toda a sociedade deve assumir, respeitar e levar à prática. As empresas, segundo suas dimensões, devem ditar códigos internos que ajudem a prevenir crimes (controle, regime disciplinar, sanções etc.). Se o fazem, sua conduta não será culpável e, portanto, estarão isentas de responsabilidade (OLIVÉ *et al.*, 2011, p. 739).

Por fim, outra consequência desses modelos que cogitam uma responsabilidade coletiva independente diz respeito justamente quanto à personalidade das penas. Sendo ela uma direta implicação da responsabilidade subjetiva¹³⁷, com a sua reformulação de padrões individuais para padrões coletivos, em tese também se poderia cogitar da consequente reformulação da personalidade das penas para esses padrões de responsabilidade coletiva:

O princípio da personalidade das penas, no entanto, carece, em realidade, de autonomia conceitual. Na verdade se trata – mas que um princípio em si mesmo – de uma consequência do princípio da culpabilidade, que impede que alguém sofra as consequências penais da culpabilidade de outro. Na medida em que o princípio da culpabilidade pode se redefinido para alcançar também às pessoas jurídicas, este princípio deveria também ser redefinido (SAGGESE, 2005, p. 103).

Sérgio Shecaira também parece divisar essa reformulação da personalidade das penas para padrões coletivos, isso feito ao expor que a pena a ser imposta à pessoa jurídica decorreria da sua efetiva participação (autoria mediata) no crime cometido pelo autor material da ação (autoria imediata), em coerência com sua concepção de “ação institucional”.

Por outro lado, ao se admitir a responsabilidade da empresa, não se faz com que a pena passe da pessoa do condenado. Isso só aconteceria se houvesse o reconhecimento da responsabilidade objetiva na esfera penal, felizmente banida com a Reforma Penal de 1984. O princípio da responsabilidade individual só seria maculado quando o diretor de uma empresa fosse processado por ato praticado por outro diretor. Não tendo havido contribuição pessoal, não há responsabilização; não há crime; não há pena. Reconhecer a responsabilidade da empresa, e isso só ocorrerá nos casos em que se evidenciar sua contribuição para o fato delituoso, é reconhecer só a sua responsabilidade. Nenhuma pessoa física será processada e apenada pelo reconhecimento de que a empresa contribuiu para a prática do delito. Isso só

¹³⁷ Vide item 3.1, Modelos de Responsabilidade Jurídica, Responsabilidade Subjetiva e Personalidade das Penas.

ocorrerá quando a pessoa natural de alguma forma praticar o ato delituoso, ou concorrer de algum modo para a sua prática, razão pela qual – aqui também – não se pode falar em atingimento de um princípio norteador do direito penal, com a admissibilidade da responsabilidade da pessoa jurídica (SHECAIRA, 2011, p. 132).

Esclareça-se que, para fins do presente estudo, o que importa esclarecer é que se mostra doutrinariamente possível o estabelecimento de critérios dogmáticos aptos a caracterizar uma culpabilidade própria e independente para as pessoas jurídicas.

Ainda são pouco perceptíveis as repercussões desses novos modelos quanto ao direito administrativo. Alejandro Nieto (2008, p. 442), apesar de entender ser perfeitamente suficiente o modelo da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, reconhece a relevância dessa nova abordagem acerca de uma responsabilidade subjetiva própria das pessoas jurídicas:

O apoio tradicional mais sólido se encontra na clássica teoria da imputação orgânica, que serve para dar explicação global ao fenômeno e que, ademais, encontra-se já perfeitamente elaborada em Direito Público a propósito da responsabilidade (civil) das pessoas jurídico-públicas.

Desde a Idade Média e dos inícios do Direito Canônico sabemos que as pessoas morais necessariamente atuam através de seus órgãos ou, mais exatamente, através das pessoas físicas titulares de seus órgãos. Pois bem, a chamada teoria do órgão serve cabalmente para imputar à pessoa jurídica a atuação que realizam as pessoas físicas nela integradas. E por isso mesmo, se a pessoa jurídica se beneficia de todos os atos proveitosos realizados por seus órgãos, igualmente deve responder por todos os atos prejudiciais. Com o que se explica com absoluta naturalidade a responsabilidade (civil) das Administrações Públicas, deixando aberta unicamente a questão da responsabilidade concorrente dos titulares dos órgãos.

Em minha opinião, a teoria da imputação orgânica é igualmente aplicável à responsabilidade pelos ilícitos administrativos e nos mesmos termos que opera no âmbito da responsabilidade civil. O responsável há de ser único em todo caso e será a pessoa jurídica se esta tiver se beneficiado dos efeitos favoráveis do fato, independentemente que a pessoa física haja atuado com ordens expressas ou não.

Ainda que também seja verdade que possa surgir a responsabilidade pessoal das pessoas físicas nas seguintes hipóteses: quando hajam atuado sob decisão própria ou quando hajam atuado com responsabilidade independente, ou seja, sem pretender imputar suas atuações à pessoa jurídica. Igualmente cabe a responsabilidade pessoal dos diretores e gerentes em termos equivalentes aos que operam em Direito Penal, Mercantil e Laboral.

Em resumo: a análise do regime das pessoas jurídicas – nas quais, por definição, sua natureza exclui a presença da culpabilidade pessoal individualizada em sentido estrito – nos serviu para constatar que essa ausência não exclui a ilicitude no modo em que a responsabilidade de tais pessoas é ordinariamente exigida tanto na Espanha quanto no estrangeiro.

Dentro desta mesma postura positiva, muito mais modernas são as explicações baseadas na ‘capacidade de ação das pessoas jurídicas’: se há normas dirigidas a elas é porque estas são capazes de seu cumprimento e descumprimento. Ou a teoria da ‘culpabilidade da organização’: a culpabilidade em sentido moderno já não se funda no livre arbítrio mas em considerações preventivas já que o Ordenamento Jurídico exige das pessoas jurídicas que estas estabeleçam controles internos oportunos para impedir as condutas criminais de seus membros, derivando assim para considerações que lembram as ‘*actia liberae in causa*’ (NIETO, 2008, p. 442).

Tais novas perspectivas - apesar de claramente aplicáveis quanto às penalidades administrativas das pessoas jurídicas, já que não haveria maiores diferenças entre as suas responsabilidades penal e administrativa (penalidades administrativas) - , ainda não tiveram um desenvolvimento mais definido e amplo no direito administrativo brasileiro¹³⁸.

¹³⁸ Parece ser exceção a tal conclusão Fabio Medina Osório ao afirmar que “(...) a pessoalidade da pena não implica desconsiderar a nova perspectiva de responsabilidade da pessoa jurídica, unicamente posiciona em novas bases esta mesma responsabilidade e o próprio conceito de pessoalidade da sanção” (OSÓRIO 2011, p. 373).

4 A APLICAÇÃO DA PERSONALIDADE DAS PENAS PELO CRSFN COMO EXEMPLO DAS LIMITAÇÕES DAS ESTRUTURAS NORMATIVAS DISPONÍVEIS À SUPERVISÃO DO MERCADO FINANCEIRO NO BRASIL

No presente capítulo serão analisadas repercussões concretas das limitações das estruturas normativas apresentadas nos dois capítulos anteriores. Isso será feito sob o enfoque da supervisão do mercado financeiro e a partir da análise de diversos julgados administrativos proferidos pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN que têm, em comum, a aplicação do chamado princípio da personalidade das penas (CF art. 5º, XLV).

No capítulo 2 foram expostas as estruturas normativas que permitem, no atual direito administrativo brasileiro, a afirmação de que as penalidades administrativas devam observar a personalidade das penas¹³⁹. No capítulo 3 pôde-se constatar que o modelo pressuposto nessas estruturas normativas (modelo da empresa societária, ou seja, de necessária identidade entre empresa e sociedade) pode sofrer sérios questionamentos quando aplicado a uma realidade econômica que não respeita seus pressupostos (modelo da empresa plurissocietária)¹⁴⁰.

Já capítulo 4, pôde-se constatar que, apesar de a personalidade das penas pressupor a existência de responsabilidade subjetiva, o modelo tradicionalmente utilizado para as pessoas jurídicas é o da responsabilidade objetiva¹⁴¹. Também foi possível concluir que critérios para determinação de uma responsabilidade subjetiva própria para as pessoas jurídicas só começaram a se desenvolver a partir da metade do séc. XX, com o movimento internacional para a responsabilização penal da pessoa jurídica¹⁴².

Feitas essas contextualizações, pode-se afirmar que, a análise de aplicação da personalidade das penas pelo CRSFN, permite a identificação de problemas tanto no uso do modelo da empresa societária quanto no emprego modelo da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica.

Se (i) mediante a aplicação do modelo da empresa societária, em um ambiente econômico dominado pelos grupos societários, é difícil a localização do efetivo titular da

¹³⁹ Isso conta da incidência da noção de unidade do “*jus puniendi estatal*” sob as penas administrativas, isso seja sob a noção de poder de polícia, seja sob o discurso jurídico da regulação – vide especialmente item 1.3.1, As Diferentes Formulações no Direito Administrativo Brasileiro Pós-Reforma do Estado (1990-2000).

¹⁴⁰ Daí a noção de crise da noção de pessoa jurídica e as crescentes hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica – vide especialmente item 2.4, Direito Divorciado da Realidade Econômica: Crise da Pessoa Jurídica em Direto Societário, Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Inadequação das Estruturas do Modelo da Empresa Societária.

¹⁴¹ Vide respectivamente itens 3.1, Modelos de Responsabilidade Jurídica, Responsabilidade Subjetiva e Personalidade das Penas e 3.2, Modelo da Responsabilidade Objetiva da Pessoa Jurídica.

¹⁴² Vide item 3.3, Modelo da Responsabilidade Subjetiva da Pessoa Jurídica.

empresa (ou seja, daquele que, sendo o efetivo detentor do poder de controle, foi quem determinou o cometimento da infração administrativa), por outro lado, (ii) adotando-se o modelo tradicional da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, acaba-se por não se permitir uma efetiva punição da pessoa jurídica, ou seja, daquelas pessoas físicas que, além do autor material da infração, também hajam concorrido para o seu cometimento.

É o que se procurará expor nos itens a seguir, a partir da análise da jurisprudência do CRSFN sobre a personalidade das penas.

Ressalte-se aqui que, se os problemas do modelo da empresa societária podem ser comuns às mais diversas áreas do direito referentes à atuação das pessoas jurídicas (direito civil, comercial, tributário etc.), o problema quanto ao modelo tradicional da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica é especialmente sensível às áreas do direito que procuram critérios para um efetivo apenamento da pessoa jurídica, ou seja, de penalidades que vão além do autor material de uma infração (como acontece com as construções dogmáticas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas).

A aplicação de penalidades administrativa às pessoas jurídicas, especialmente as atuantes no mercado financeiro e de capitais no Brasil, parece representar um encontro dessas duas “problemáticas”. Em que pese a íntima conexão entre esses dois conjuntos de questionamentos relativamente à aplicação de penalidades administrativas às pessoas jurídicas, pode-se dar destaque a cada um deles separadamente, utilizando-se, para tanto, da jurisprudência formada no CRSFN.

4.1 Sintomas da crise do modelo da sociedade empresária: transferência qualificada de controle acionário de instituição financeira e incorporação societária como causas de extinção da punibilidade da pessoa jurídica incorporada

Pôde-se constatar, ao longo do capítulo 3, a existência de um verdadeiro “*divórcio*” entre as disposições jurídicas e a realidade econômica subjacente na organização de empresas financeiras, isso tendo em conta que a análise jurídica mais convencional ainda privilegia, como regra geral, o modelo da *empresa societária* (sociedade autônoma e isolada, dotada de personalidade jurídica própria, com responsabilidade limitada e voltada à consecução do interesse social), enquanto que as práticas comerciais, majoritariamente, já partiram para o uso um tanto generalizado *modelo dos grupos societários* (caracterizadas pela compatibilização de unidade econômica e de diversidade jurídica). Exemplo de sintoma (e de reação) a esse divórcio são as hipóteses da chamada “desconsideração da personalidade

jurídica” que, apesar de inicialmente aceita de forma incidental na jurisprudência¹⁴³, vem sendo crescentemente reconhecida até em disposições legais na ordem jurídica brasileira¹⁴⁴.

Igualmente, é possível apontar, como outro sintoma desse “*direito divorciado da realidade*”, a jurisprudência formada, no CRSFN, sobre a chamada “*transferência qualificada de controle acionário de instituição financeira*” - TQCA (ou “*cofatorialidade*”).

Faz-se necessária, preliminarmente, uma explicação do contexto histórico em que surgiu esse entendimento jurisprudencial sobre a TQCA.

A partir de meados da década de 1990, também o setor financeiro brasileiro sofreu profundas mudanças estruturais decorrentes das reformas liberalizantes e do “desmonte” das estruturas ligadas ao velho desenvolvimentismo¹⁴⁵. Além da redução da participação estatal no setor financeiro nacional¹⁴⁶, também foram tomadas políticas de reestruturação do setor¹⁴⁷.

Especialmente a partir do previsto no Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária - PROES¹⁴⁸, foram feitas algumas trocas de controle acionário de instituições financeiras conforme permissivo contido no art. 1º, §1º da MP 1.514/96¹⁴⁹. Assim, além daquelas operações determinadas por razões de ordem estritamente privadas, foram realizadas algumas *trocas de controle acionário* com a interveniência (indução) do Banco Central do Brasil (MP 1.514/96).

¹⁴³ Para um panorama histórico da desconsideração da personalidade jurídica, vide supra item 3.4 – Direito Divorciado da Realidade Econômica: Crise da Pessoa Jurídica em Direito Societário, Desconsideração de Personalidade Jurídica e Inadequação das Estruturas do Modelo da Empresa Societária.

¹⁴⁴ Como ocorreu no CDC (Lei 8.078/90, art. 28), no CC/2002 (Lei 10.404/02, art. 50), na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98, art. 4º), nas Leis do CADE (Lei 8.884/94, arts. 15 e 18, posteriormente reiterados na Lei 12.529/11, arts. 31 e 34) e na Lei Anticorrupção (Lei 12.446/13, art. 1º, parágrafo único e art. 4º) - vide supra item 2.4, Direito Divorciado da Realidade Econômica: Crise da Pessoa Jurídica em Direito Societário, Desconsideração de Personalidade Jurídica e Inadequação das Estruturas do Modelo da Empresa Societária.

¹⁴⁵ Vide item 2.3.1, As Diferentes Formulações no Direito Administrativo Brasileiro Pós-Reforma do Estado (1990-2000).

¹⁴⁶ Tal redução da participação estatal no setor financeiro brasileiro foi assim caracterizada por Mario G. Schapiro: “Com o encerramento do capítulo desenvolvimentista, o setor bancário público foi objeto de programas e políticas de reestruturação, seja na forma de privatização, seja no estímulo à adoção de condutas e regras de governança similares às dos bancos privados” (SCHAPIRO 2010, p. 268).

¹⁴⁷ Como foram o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional – PROER (MP 1.179 e Resolução CMN 2.208, ambas de 03/11/95, e MP 1.182, de 17/11/95), quanto aos bancos privados, e o Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais - PROEF (MP 2.196, de 24/08/01), quanto aos bancos federais.

¹⁴⁸ Instituído pela MP 1.514, de 15/08/96, e posteriores reedições, e regulamentado pela Resolução CMN 2.365/97.

¹⁴⁹ “A extinção das instituições financeiras a que se refere o *caput* deste artigo poderá dar-se por intermédio de processos de incorporação, fusão, cisão ou qualquer outra forma de reorganização societária legalmente admitida”.

Esclareça-se que tais modalidades de reorganização societária podem envolver, ou não, a extinção da personalidade jurídica das sociedades abrangidas pelas medidas de reorganização, conforme se pode visualizar no Quadro 7:

Quadro 7 - Modalidades de reorganização societária com e sem extinção de personalidade jurídica.

Com extinção da personalidade jurídica	Sem extinção de personalidade jurídica
<ul style="list-style-type: none"> - Incorporação (CC/2002, art., 1.118; LSA/76, art. 219, II e art., 227, §3º – quanto à sociedade incorporada) - Fusão (CC/2002, art. 1.119; LSA/76, art. 219, II - quanto a todas as sociedades envolvidas) - Cisão total (LSA/76, art. 219, II e art. 229, “<i>caput</i>” e §4º - quanto à sociedade totalmente cindida) 	<ul style="list-style-type: none"> - Transformação (CC/2002, 1.113; LSA/76, art. 220) - Cisão parcial (LSA art. 229) - Transferência de controle acionário

Fonte: Elaboração do autor

Ou seja, a transferência (ou alienação) de controle acionário constitui operação societária em que se *mantém a personalidade jurídica formal da instituição financeira*, já que só a sua administração é substituída (em decorrência da troca de controle de um grupo societário para outro). Trata-se de operação diferente dos casos de incorporação, por exemplo, em que há a extinção da formal personalidade da pessoa jurídica incorporada (CC/2002 art. 1.118; LSA/76, art. 219, II e art. 227, §3º).

Ocorre que, contra algumas dessas instituições financeiras cujo controle acionário fora trocado por indução do Banco Central no âmbito do já citado PROES, ainda pendiam processos administrativos para a imposição de penalidades administrativas, os quais foram instaurados ainda em decorrência de condutas cometidas de seus antigos administradores/controladores.

Assim, se, por um lado, pendiam processos administrativos contra tais instituições financeiras (a serem julgados pelo próprio Banco Central e/ou pelo CRSFN), por outro, essas mesmas instituições eram justamente aquelas cujo controle havia sido transferido, por indução do Banco Central, para outro grupo societário.

O fato de os novos controladores/administradores não terem sido aqueles que determinaram o cometimento das infrações imputadas nesses processos administrativos sancionadores acarretou o surgimento da denominada “*transferência qualificada de controle acionário*” (TQCA), por meio da qual as instâncias julgadoras (Banco Central e/ou o CRSFN) fundamentaram a extinção da punibilidade de pessoa jurídica nessas hipóteses.

Esse entendimento é assim sintetizado por Silvânio Covas e Adriana Laporta Cardinali:

Em razão das incorporações que têm ocorrido entre as instituições financeiras e a dificuldade de identificar-se a responsabilidade pelas infrações apontadas em processos administrativos, principalmente em razão dos Programas de Desestatização de Bancos, tradicionalmente o CRSFN utiliza-se da tese da transferência qualificada de controle acionário para dirimir essa questão.

Tal teoria pode resultar na extinção da punibilidade da pessoa jurídica adquirida. Para sua aplicabilidade, contudo, é preciso se identificar, cumulativamente, os chamados elementos de cofatorialidade: (i) início do processo administrativo após a transferência de controle acionário; (ii) interesse direto do Banco Central do Brasil na transferência do controle, como protagonista da operação, com finalidade de saneamento e manutenção da higidez do Sistema Financeiro Nacional e (iii) inexistência de má-fé. A adoção dessa tese sustenta-se no princípio da razoabilidade diante do interesse público na transação, sob pena de gerar prejuízos a futuras transferências, insegurança do futuro controlador e perda do caráter pedagógico da pena quando aplicada em processo administrativo instaurado após a mudança do controle acionário.

Dessa maneira, a transferência de controle acionário é considerada qualificada quando se opera sob circunstâncias específicas (elementos de cofatorialidade) e, portanto, enseja a extinção da punibilidade em relação à pessoa jurídica adquirida, de maneira que o novo acionista controlador não seja onerado em razão dos fatos dos quais não tenha participado (COVAS; CARDINALI, 2008, p. 222).

Assim, apesar de a personalidade jurídica da instituição financeira se manter a mesma ao longo de todo o processo administrativo para aplicação da penalidade administrativa (da data da infração até a data do julgamento), o órgão julgador administrativo¹⁵⁰ exclui a sua punibilidade desde que conjugados esses três fatores:

- a) que o processo administrativo tenha se iniciado (citação) após a transferência de controle da instituição financeira;
- b) que o Banco Central tenha induzido, por razões de saneamento do sistema financeiro, tal transferência de controle; e
- c) que não haja evidência da prática de conduta de má-fé, com fins de burla à imposição de infração à pessoa jurídica da instituição financeira.

¹⁵⁰ Banco Central e/ou CRSFN. O entendimento dos efeitos absolutórios da TQCA foi construído jurisprudencialmente pelo Banco Central e posteriormente foi adotado pelo CRSFN. Durante a pesquisa não foi possível identificar um único caso que possa ser apontado como o início “oficial” dessa tese.

Tal entendimento, que conjuga as três condições acima apontadas e constitui o que se poderia chamar de “teste do TQCA”, foi adotado pelo CRSFN, sem maiores discussões, até o julgamento do Recurso 5.223 (j. na 265ª Sessão, em 20/09/06). Nessa oportunidade, tendo em conta a discordância dos então representantes da PGFN sobre a matéria, foi editado o Parecer PGFN/CAF nº 815/06, com conteúdo vinculante a partir de então para os Procuradores da Fazenda Nacional junto ao CRSFN, no sentido de que a TCQA não poderia ser considerada como causa de extinção nem da ilicitude, nem da punibilidade da pessoa jurídica, em razão de ausência de previsão legal para tanto¹⁵¹. Ainda assim, o entendimento pela manutenção da aplicação do “teste do TQCA” aos casos apreciados foi majoritariamente confirmado pelo colegiado do CRSFN, conforme o voto do Conselheiro Flávio Maia¹⁵².

No julgamento do mesmo Recurso 5.223, que acaba de ser citado, também o princípio da personalidade das penas (CF/88 art. 5º, XLV) foi utilizado como fundamento para a decisão. O voto vencedor desse Recurso 5.223 assim fundamenta esse raciocínio:

9. No caso ora em julgamento, não se pode afirmar que o _____ seja, em essência, a mesma pessoa após a alienação do controle. Embora as instalações e vários empregados sejam os mesmos, as diretrizes de atuação, o ânimo (no sentido etimológico de *alma*) são outros. O corpo pode ser o mesmo, mas a alma é outra. Não faz sentido punir-se esse outro ser.

O entendimento pela procedência da tese dos efeitos absolutórios da ocorrência da TQCA, conforme exposto nesse Recurso 5.223, é aquele que é majoritariamente adotado pelo CRSFN nessa matéria.

Um levantamento¹⁵³ na base de acórdãos do CRSFN, mantida ao acesso público no *website* do Banco Central, permite identificar um total de 53 decisões em que foi posta a questão da ocorrência da TQCA perante CRSFN, no período de 2003-2012 (seja por recurso de ofício de decisão absolutória que teve esse fundamento, seja por recurso voluntário que

¹⁵¹ Esclareça-se que esse Parecer PGFN/CAF nº 815/06 não vincula os Conselheiros do CRSFN, mas unicamente os Procuradores da Fazenda Nacional que oficiam nesse tribunal administrativo, bem assim que o entendimento nele veiculado ainda é a posição institucional atualmente vigente na PGFN. Apesar da diminuição dos números de casos de TQCA julgados pelo CRSFN, a referência ao Parecer PGFN/CAF nº 815/06 ainda se mostra relevante aos fins da presente pesquisa por ele se mostrar como uma tentativa de manter coerência com os pressupostos do modelo da empresa societária (uma empresa = uma sociedade). O inteiro teor do Parecer PGFN/CAF nº 815/06 consta do Anexo G.

¹⁵² Vide acórdão completo do Recurso 5.223 no Anexo A.

¹⁵³ Vide Anexo B.

veiculava essa tese). Nesse grupo de recursos, a TCQA foi conhecida *em tese*¹⁵⁴ num total de 50 dentre as 53 decisões já mencionadas.

Dessas 50 decisões que efetivamente analisaram a ocorrência da TCQA e seus efeitos, pode-se identificar dois grandes grupos: a) aquele em que, por entender preenchidos os seus requisitos, a autoridade administrativa deu pela absolvição da pessoa jurídica (19 decisões); e b) aquele em que a autoridade entendeu não estarem preenchidos os requisitos configuradores da ocorrência da TCQA (31 decisões).

Os resultados do levantamento das análises relativas à ocorrência TCQA feitas pelo CRSFN (2003-2012) podem ser visualizado no Quadro 8:

Quadro 8 - TCQA no CRSFN (2003-2012)

Hipóteses de TCQA	Número de decisões	Porcentagem ¹⁵⁵
TCQA conhecida	50 ¹⁵⁶	100%
TCQA conhecida - requisitos configurados - absolvição da PJ	19 ¹⁵⁷	38%
TCQA conhecida – requisitos não configurados - condenação da PJ	31 ¹⁵⁸	62%

Fonte: Elaboração do autor

¹⁵⁴ Ou seja, reconheceu-se que a tese da TCQA era um entendimento válido e possível, ainda que não pudesse ser aplicável ao caso concreto. Essa aceitação mostra a força desse entendimento jurisprudencial: apesar da ausência de expressa previsão normativa nesse sentido, o CRSFN admitiu que a tese da TCQA seria válida na larga maioria dos casos em que ela apareceu (da amostra de 53 decisões que veicularam a TCQA, o CRSFN só não analisou em 3 decisões - Recursos 4.200, 9.251 e 9.252).

¹⁵⁵ Calculada sobre o número total em que a TCQA foi efetivamente conhecida – 50 decisões.

¹⁵⁶ Recursos 3.563, 3.655, 4.248, 3.994, 3.622, 3.787, 4.187, 3.907, 3.930, 3.788, 3.969, 4.009, 4.348, 4.209, 4.353, 4.337, 4.466, 4.575, 4.764, 5.224, 4.654, 4.255, 4.527, 4.315, 5.144, 4.937, 4.043, 4.341, 4.619, 4.689, 4.465, 5.223, 5.925, 5.424, 5.455, 5.576, 8.302, 7.532, 7.544, 7.546, 6.198, 6.197, 9.075, 10.871, 11.178, 5.954, 10.853, 11.747, 7.521, 11.472.

¹⁵⁷ Recursos 3.563, 3.655, 4.248, 4.187, 3.930, 4.009, 4.353, 4.575, 5.224, 4.937, 5.223, 5.925, 5.576, 6.198, 6.197, 9.075, 10.871, 11.178, 5.954.

¹⁵⁸ Recursos 3.787, 4.255, 4.043, 4.341, 4.619, 4.465, 5.455, 8.302, 7.532, 7.546, 10.853, 11.747, 11.472, 3.994, 3.622, 3.907, 3.788, 3.969, 4.348, 4.209, 4.337, 4.466, 4.764, 4.654, 4.527, 4.315, 5.144, 4.689, 5.424, 7.544, 7.521.

Essa análise bem demonstra a regularidade e força do entendimento do colegiado do CRSFN sobre os efeitos absolutórios da TQCA: o índice de aceitação da tese pela maioria do colegiado foi de 94,3% do total de casos em que TQCA foi identificada, isso a despeito da completa inexistência de expressa previsão legal de extinção da punibilidade da pessoa jurídica nessas hipóteses.

Tendo em conta o objeto da presente pesquisa, o que mais merece destaque é o que os fundamentos da tese TCQA podem representar.

Além de outras considerações acessórias (princípios da moralidade e razoabilidade)¹⁵⁹, o principal fundamento do CRSFN para concluir pela absolvição com fundamento na TCQA está ligado justamente ao chamado princípio da personalidade das penas: apesar de a instituição financeira ainda manter a mesma personalidade jurídica, não haveria mais sentido (nem necessidade) de ainda assim determinar a sua punição, já que esse ente coletivo não mais seria administrado por aquelas pessoas físicas que determinaram o cometimento da infração (administradores e/controladores ligados ao outro grupo societário).

Trata-se, claramente, de mais um exemplo do conflito que o modelo da empresa societária pode causar quando aplicado a uma realidade econômica dominada pelos grupos societários (modelo da empresa plurissocietária).

O entendimento contrário à tese dos efeitos absolutórios da TQCA (ou seja, pela punição da instituição cujo controle tenha sido trocado) está em coerência com os pressupostos do modelo da empresa societária: mantida a formal personalidade da instituição financeira infratora, ela deveria ser punida porque essa sua personalidade jurídica é independente daquela dos seus administradores, razão pela qual seria irrelevante a troca de seu controle acionário.

O entendimento favorável aos efeitos absolutórios da TQCA constata outro caso de limitação/inadequação desse modelo da empresa societária à realidade econômica dos grupos societários: mesmo que mantida essa formal personalidade da instituição financeira cujo controle tenha sido trocado mediante TQCA, não haveria mais qualquer fundamento para se

¹⁵⁹ As referências aos princípios constitucionais da moralidade e da proporcionalidade dizem respeito, via de regra, à constatação da ativa participação do Banco Central nos casos de TQCA: ao “induzir” essas transferências de controle, o Banco Central não poderia pretender que esses novos controladores arcassem com as penalidades impostas à instituição financeira, isso relativamente a fatos anteriores a essa transferência de controle. De fato, o peso dessa “indução” do Banco Central em tais operações pode ser constatado no Quadro *Intervenção do Banco Central e absolvição por TQCA*, constante do Anexo C. Apesar de tal relevância, esses casos de absolvição por TQCA não podem ser justificados unicamente a partir dessa intervenção do Banco Central. Como se exporá logo adiante, a inobservância das estruturas normativas sob o modelo da empresa societária (como verificado na TQCA) também ocorre quando o CRSFN rejeita a absolvição nos casos de EPI em reorganização societária (hipótese em que não há qualquer intervenção do Banco Central).

determinar a condenação administrativa, já que essa pessoa jurídica não é mais administrada pelas pessoas físicas que determinaram a conduta infracional.

Para fins da presente pesquisa, cumpre contrastar esse entendimento pelos efeitos absolutórios da TQCA com outro grupo de casos, relativamente à extinção da punibilidade por incorporação ¹⁶⁰ (EPI).

A discussão sobre a possibilidade de sucessão de penas administrativas, da incorporada pela incorporadora, também aparece em alguns julgados administrativos do CRSFN, especialmente de modo associado à alegação de que, tendo sido extinta a personalidade jurídica da incorporada, não se poderia impor pena administrativa à incorporadora, isso tudo também em respeito à personalidade das penas (CF art. 5º, XLV).

Veja-se, por todos, o entendimento da maioria do colegiado do CRSFN quando do julgamento do Recurso 5.455 ¹⁶¹ (j. na 285ª Sessão, em 12/06/08). Nesse caso, a referência à personalidade das penas é mais clara e direta, especialmente quando o voto condutor o relaciona com a extinção da personalidade jurídica da instituição financeira incorporada:

32. Deste princípio decorre, também, o da intranscendência da pena, regra constitucional de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado. Tal princípio está previsto no inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal, portanto um princípio constitucional ao qual este Conselho deve obediência.

33. No caso de extinção da personalidade, não há que se falar em possibilidade de condenação do sucessor ou de transferência de responsabilidade na órbita do processo administrativo sancionador, visto que prevalece a necessidade de aferição de responsabilidade subjetiva.

[...]

35. Ora, extinta a sociedade, não há que se falar em punição do agente incorporador, pois efetuar tal transferência seria uma forma de imputar uma responsabilidade objetiva na responsabilização da pessoa jurídica.

Um levantamento ¹⁶² na base de acórdãos do CRSFN, mantida ao acesso público no *website* do Banco Central, permite identificar um total de 24 decisões em que foi suscitada a questão da EPI ao CRSFN, no período de 2003-2012 (seja por recurso de ofício de decisão absolutória que teve esse fundamento, seja por recurso voluntário que veiculava essa tese). Nesse grupo de decisões, a EPI foi conhecida (analisada) em 22 decisões ¹⁶³.

¹⁶⁰ CC art. 1.118; Lei 6.404/76, art. 227, §3º.

¹⁶¹ Vide acórdão completo do Recurso 5.455 no Anexo C.

¹⁶² Vide Anexo D.

¹⁶³ Nessa amostra de 24 decisões que veicularam a EPI, o CRSFN só não as analisou nos Recursos 11.474 e 7.521.

Dessas 22 decisões que efetivamente analisaram a EPI, pode-se se identificar dois grandes grupos: a) aquele em que, por reconhecer a procedência EPI, a autoridade administrativa entendeu pela absolvição da pessoa jurídica (5 decisões) e; b) aquele em que a autoridade deliberou pela improcedência da EPI (17 decisões).

Também deve ser ressaltado que, nesse último grupo de 17 decisões, a improcedência da EPI foi fundamentada nas seguintes razões: b.1) em 08 decisões o CRSFN afirmou que a incorporadora deve suceder a incorporada em todas as suas obrigações; b.2) em 05 decisões o CRSFN entendeu que a incorporação não era causa de extinção da punibilidade da incorporada quando era realizada no bojo de reorganizações dentro de um mesmo grupo societário, e b.3) em 04 decisões o CRSFN rejeitou a EPI por razões diversas.

Os resultados desse levantamento da EPI no CRSFN (2003-2012) podem ser visualizados no Quadro 9 a seguir:

Quadro 9 - EPI no CRSFN (2003-2012).

Hipóteses de EPI	Nº de decisões	Porcentagem ¹⁶⁴
EPI conhecida	22 ¹⁶⁵	100%
EPI conhecida – procedência - absolvição da PJ	5 ¹⁶⁶	22,72%
EPI conhecida – improcedência - condenação da PJ – incorporador responde por todas as obrigações da incorporada	8 ¹⁶⁷	36,36%
EPI conhecida – improcedência - condenação da PJ – incorporação em reorganização societária	5 ¹⁶⁸	22,72%
EPI conhecida – improcedência - condenação da PJ – razões diversas	4 ¹⁶⁹	18,18%

Fonte: Elaboração do autor

¹⁶⁴ Calculada sobre o número total em que a EPI foi efetivamente conhecida – 22 decisões.

¹⁶⁵ Recursos 4.466, 4.654, 4.200, 4.619, 5.223, 8.279, 5.424, 5.455, 8.302, 7.532, 7.544, 11.350, 7.362, 11.576, 9.252, 5.898, 6.200, 11.462, 12.485, 12.774, 11.877, 11.747, 7.521 e 12.416.

¹⁶⁶ Recursos 8.279, 5.455, 7.362, 9.252 e 6.200.

¹⁶⁷ Recursos 4.654, 4.200, 5.424, 7.532, 7.544, 5.898, 12.485 e 12.774.

¹⁶⁸ Recursos 4.619, 8.302, 11.350, 11.877 e 12.416.

¹⁶⁹ Recurso 4.466 (EPI rejeitada porque a incorporação foi realizada após a instauração do processo administrativo e houve a manutenção dos mesmos administradores após a incorporação); Recurso 5.223 (EPI rejeitada porque era hipótese de TQCA); Recurso 11.576 (EPI rejeitada porque houve continuidade do cometimento da infração pela pessoa jurídica incorporada); e Recurso 11.462 (EPI rejeitada porque não se tratava de incorporação, de mudança no objeto social da pessoa jurídica).

Aqui também se pode perceber a força da tese da EPI¹⁷⁰, que foi enfrentada pelo CRSFN em 91,6% dos casos em que suscitada. Ressalte-se também que a tese da EPI foi admitida, como fundamento imediato para a absolvição da pessoa jurídica, em 22,72% do total de decisões que efetivamente conheceram da matéria.

Mas essa conclusão tem um importante contraponto em outro grupo de decisões identificado no levantamento realizado: aquele que rejeitou a EPI com o fundamento de que a incorporadora teria que responder por todas as obrigações da incorporada (36,36% do universo analisado).

Em ambas as hipóteses (EPI como fundamento para absolvição e rejeição da EPI combinada com condenação) há a extinção da incorporada. Contudo, somente em 22,72% dos casos da amostra, o CRSFN considerou essa condição (extinção da incorporada) como fundamento para a absolvição. Para outros 36,36 % dos casos, a extinção da incorporada não foi tomada com fundamento para a extinção de punibilidade. Nestes casos de manutenção da punibilidade, o CRSFN considerou que a incorporadora deveria suceder a incorporada em todas as suas obrigações (LSA/76, art. 227, “*caput*”), inclusive penalidades administrativas¹⁷¹. Esse contraste pode ser mais bem visualizado no Quadro 10:

¹⁷⁰ Ou seja, de que a incorporação societária pode representar uma causa de extinção da punibilidade da instituição financeira.

¹⁷¹ Um exemplo bem representativo da tensão entre esses dois entendimentos, dentro do próprio modelo da empresa societária, deu-se no julgamento do Recurso 13.230, quando o CRSFN discutiu se a incorporadora também deveria suceder a pena de advertência originariamente aplicada à incorporada. Apesar de este julgamento estar fora do corte temporal do levantamento acima referido (foi julgado na 368ª Sessão, em 22/07/14), nele se pode perceber claramente o contraste entre esses dois entendimentos: enquanto o Conselheiro Relator e a minoria entendia que essa pena de advertência deveria ser exigida da sociedade incorporadora (EPI rejeitada já que a incorporadora deveria suceder todas as obrigações da incorporada), a maioria acabou por entender que não se poderia impor uma pena de advertência à incorporadora tendo em conta o caráter reputacional dessa pena administrativa (EPI como causa de absolvição da incorporadora). O correspondente acórdão ainda pende de formalização, mas os argumentos da corrente vencedora podem ser visualizados em Salama e Satiro (2014).

Quadro 10 - Diferentes tratamentos dos efeitos da extinção da personalidade jurídica da incorporada.

Situações de fato analisadas pelo CRSFN	Ocorrência da incorporação	Ocorrência da incorporação
Proporção do total de casos	22,72%	36,36%
<i>Ratio decidendi</i>	Incorporadora não deve responder pelas penas administrativas aplicadas contra a incorporada	Incorporadora deve responder por todas as obrigações da incorporada, inclusive as penas administrativas aplicadas a esta última
Decisões do CRSFN	Procedência: Extinção da incorporada e da punibilidade da instituição financeira	Improcedência: Extinção da incorporada e manutenção da punibilidade da instituição financeira

Fonte: Elaboração do autor

Assim, existe uma tensão, nos caso de aplicação do próprio modelo da empresa societária, entre dois entendimentos opostos sobre se a incorporação seria, ou não, causa de extinção da punibilidade da pessoa jurídica: enquanto parte desses entendimentos (EPI como fundamento para absolvição da pessoa jurídica - 22,72% da amostra) entende a incorporação como efetiva causa de extinção da punibilidade da incorporada, outra parcela considerável (EPI rejeitada com o fundamento de que a incorporadora teria que responder por todas as obrigações da incorporada - 36,36% da amostra) entende que não.

Além dessas tensões, a plausibilidade da tese do EPI também sofre com as inadequações que o modelo da empresa societária pode enfrentar quando aplicado à realidade econômica dominada por grupos societários.

Sobre isto, cumpre destacar que, dos 17 acórdãos do CRSFN que deram pela improcedência da EPI, parcela considerável deles¹⁷² afastou essa tese com base na constatação de que, ocorrendo a incorporação no bojo de uma reorganização dentro de um mesmo grupo societário, não haveria que se falar em extinção da punibilidade da pessoa jurídica incorporada.

Veja-se, a esse respeito, as seguintes considerações do voto vencedor do Conselheiro Daniel Borges da Costa no julgamento do Recurso 11.350 (j. na 291ª Sessão, em 17/10/08):

¹⁷² 22,72% da amostra: Recursos 4.619, 8.302, 11.350, 11.877 e 12.416.

d) Incorporação

A despeito das alegações do recorrente (e das considerações trazidas pelo ilustre Relator), entendo que decisões empresariais não podem, de forma alguma, servir para afastar a punibilidade de qualquer empresa objeto de mudança de razão social e/ou reestruturação societária havida no mesmo grupo econômico.

O interesse privado do grupo empresarial não pode se sobrepor ao interesse público de ver punido o agente de conduta ilícita que tenha praticado ato infracional, de qualquer espécie.

Houve, indiscutivelmente, a transformação da personalidade jurídica da _____; todavia, tal fato não se deu por ter sido essa empresa alienada a um terceiro que nada teria a ver - em princípio - com suas condutas ilícitas anteriores a essa operação, mas sim dentro do mesmo grupo econômico, do qual a empresa infratora já fazia parte à época da ocorrência da infração.”

[...]

Sendo assim, afasto a presente preliminar de extinção da punibilidade em decorrência de incorporação.

As amostragens de julgados sobre a TQCA e sobre a EPI em reorganização societária, mais do que uma exaustiva e definitiva abordagem sobre tais matérias, pretendem mais é demonstrar como o modelo da empresa societária pode se mostrar deficiente, em seus pressupostas, relativamente à aplicação de penalidades administrativas às pessoas jurídicas (como aconteceu nesses julgados do CRSFN).

Como ocorre nos casos de desconsideração, também nesses casos de TQCA e da EPI em reorganização societária há a procura, ainda que de forma assistemática e tópica, pelo restabelecimento do nexo entre poder e responsabilidade, que era pressuposta no arquetípico pressuposto no modelo da empresa societária¹⁷³.

Assim, a personalidade jurídica não necessariamente implicaria *nem em uma obrigação* em apenar a instituição financeira (efeitos absolutórios da TQCA), *nem em um impedimento* intransponível à imposição de uma pena administrativa à instituição financeira que figure como infratora (EPI em casos de reorganização societária). Isto é, o modelo da empresa societária, em seus dois pressupostos (necessária coincidência empresa-sociedade e poder de controle só por meio dos órgãos societários), seria claramente contrariado nessas duas hipóteses.

Essa conclusão parece também se situar também na já referida *crise da noção de pessoa jurídica*. Assim como as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, as hipóteses de TQCA e da EPI em reorganização societária também representam um sintoma do descompasso existente entre as normas de direito positivo (ainda baseada no modelo da

¹⁷³ Vide item 2.2 – Modelo da Empresa Societária (Direito das Sociedades Comerciais).

empresa societária) a realidade econômica subjacente (já mais afinada com modelo dos grupos societários)¹⁷⁴.

Tanto o entendimento dos efeitos absolutórios da TCQA quanto o outro pela condenação na EPI em casos de reorganização societária claramente constituem elementos de crítica ao paradigma da empresa societária. Em ambos o elemento socioeconômico (empresa) claramente se sobrepõe ao elemento jurídico (sociedade) para determinar a conclusão do CRSFN pela condenação (ou absolvição) da instituição financeira. E esse elemento socioeconômico (empresa) pôde ser melhor “rastreado” pelas mudanças nos grupo societário da instituição financeira julgada pelo CRSFN¹⁷⁵.

Assim, generalizando tais conclusões para projetar um modelo que procure incorporar essas duas hipóteses (efeitos absolutórios da TQCA e na EPI em casos de reorganização societária), pode-se afirmar que a personalidade jurídica da instituição financeira não seria o fator único e decisivo para o CRSFN concluir sobre a extinção de sua punibilidade. A personalidade jurídica também deveria ser combinada com as mudanças nos grupos societários das instituições financeiras em julgamento para se concluir pela necessidade da aplicação de uma pena administrativa. A combinação entre esses dois elementos pode ser visualizada conforme Quadro 11:

¹⁷⁴ Vide item 2.4, Direito Divorciado da Realidade Econômica: Crise da Pessoa Jurídica em Direito Societário, Desconsideração da Personalidade Jurídica e Inadequação das Estruturas do Modelo da Empresa Societária.

¹⁷⁵ Tanto no entendimento pelos efeitos absolutórios pela TCQA quanto no da EPI nos casos de reorganização societária o que foi determinante para o CRSFN foi saber se a instituição financeira em julgamento ainda estava (ou não) sob o poder de controle do mesmo grupo societário que determinou o cometimento da infração administrativa. Em ambos os casos o CRSFN desconsiderou a identificação empresa-sociedade e procurou identificar esse elemento econômico (empresa) nos grupos societários.

Quadro 11 – Imposição de penalidades pelo CRSFN e mudança/permanência de personalidade jurídica e/ou grupos societários.

	Personalidade jurídica permanece	Personalidade jurídica Muda
Grupo societário permanece	C (manutenção da personalidade jurídica da instituição financeira dentro de um mesmo grupo societário)	C (EPI em casos de reorganização societária)
Grupo societário muda	A (TQCA)	A (mudança da personalidade jurídica da instituição financeira infratora e mudança do grupo societário)

Legenda: A = Absolvição; C = Condenação

Fonte: Elaboração do autor

Nessa projeção, não seriam problematizáveis as hipóteses (i) de permanência da mesma personalidade jurídica dentro de um mesmo grupo societário e (ii) de simultânea mudança tanto da personalidade jurídica quanto do grupo societário, já que seriam iguais as conclusões seja segundo o modelo da empresa societária, seja segundo esse modelo crítico que se configura: condenação na hipótese (i) e absolvição na hipótese (ii).

Nas outras duas hipóteses restantes, as conclusões seriam diametralmente opostas segundo cada uma desses modelos: a TQCA, que seria hipótese de sancionamento para o modelo da empresa societária, seria hipótese de não-sancionamento para o modelo crítico ora projetado; a EPI em casos de reorganização societária, que seria hipótese de não-sancionamento para o modelo da empresa societária, já seria hipótese de sancionamento para o modelo crítico ora projetado.

Segundo esse modelo crítico, determinante para a imposição de uma penalidade administrativa não seria a simples extinção (ou permanência) da personalidade jurídica de uma sociedade (elemento jurídico); o que seria determinante seria a extinção (ou permanência) da empresa (elemento socioeconômico) que, através de uma determinada estrutura jurídica, determinou o cometimento de uma infração administrativa.

Tais conclusões, no sentido do valor relativo da noção da personalidade jurídica para fins de imposição de penalidades a entes coletivos, parecem estar em linha com

disposições como, por exemplo, o do *Interpretation Act* (Inglaterra) de 1978, que se refere à responsabilidade penal das pessoas jurídicas e dos entes despersonalizados (“*unicorporation association*”) (Shecaira 2011, p. 28), e do direito comunitário europeu, que se refere não à noção de pessoa jurídica, mas à de empresa ou associação de empresas: “*Desse ponto de vista, ‘empresas’ são tanto as pessoas jurídicas como as naturais, assim como as sociedades e associações sem capacidade jurídica*” (BACIGALUPO, 2005b, p.74).

Como já referido, também nesse mesmo sentido estão algumas disposições legais brasileiras que desvinculam a aplicação de penalidades administrativas à existência de formal personalidade jurídica dos entes coletivos. Nesse sentido estão o art. 31 da Lei 12.529/11 que, ao reproduzir o anterior art. 15 da Lei 8.884/94, dispõe que as penalidades às infrações contra a ordem econômica se aplicam “[...] a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica”. Também nesse mesmo sentido se encontra o disposto na chamada Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13), isso feito ao prever que “[...] aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, [...]” (art. 1º, §1º), bem assim que “Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária” (art. 4º, caput), disposição essa especialmente observada em se tratando de pena administrativa de multa (art. 4º, §§ 1º e 2º).

4.2 Sintomas da inadequação do modelo da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica para aplicação de penas administrativas: as diversas formas de responsabilização da pessoa jurídica em decorrência da atuação das pessoas físicas

Como visto anteriormente¹⁷⁶, o modelo pressuposto no Brasil como reger geral, para aferição de infrações administrativas a pessoas coletivas, é o da *responsabilidade objetiva da pessoa jurídica*. A preferência por manter tal pressuposto ajuda a autoridade administrativa a apurar a conduta da pessoa física (sujeito do dever jurídico) tanto por responsabilidade por culpa (subjéctiva) quanto por responsabilidade absoluta (objetiva)¹⁷⁷, mas, ao mesmo tempo, limita a atuação dessa mesma autoridade na medida em que a induz a aferir a conduta da

¹⁷⁶ Vide item 3.3, Modelo da Responsabilidade Objetiva da Pessoa Jurídica.

¹⁷⁷ Assim como acontece na esfera penal, no direito brasileiro a responsabilidade das pessoas físicas por infrações administrativas parece estar restrita à responsabilidade subjéctiva. Essa constatação não prejudica a conclusão de que, segundo esse modelo, a responsabilidade da pessoa jurídica só pode se dar por responsabilidade objetiva.

pessoa jurídica (sujeito da responsabilidade) somente com base na noção de responsabilidade absoluta (objetiva).

A exigência constitucional da personalidade das penas (CF/88, art. 5º, XLV) acabou por provocar questionamentos profundos nesse modelo tradicional da política de fiscalização de instituições financeiras, já que, como também exposto¹⁷⁸, ela pressupõe a existência de responsabilidade subjetiva. Também como já se teve oportunidade de se destacar¹⁷⁹, os modelos de uma responsabilidade propriamente subjetiva para a pessoa jurídica só começaram a surgir ao longo do séc. XX, isso no contexto de reconhecimento de responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Os principais modelos que então se formaram dividem-se fundamentalmente segundo o grau de dependência da conduta do autor material da infração para o estabelecimento dessa responsabilidade coletiva¹⁸⁰.

Mas essas diferenças no grau de dependência da conduta do autor material da infração podem também ser verificadas na análise de vários julgados do CRSFN, especialmente nos que trataram chamada personalidade das penas (CF/88, art. 5º, XLV)¹⁸¹.

Ao limitar a responsabilização coletiva unicamente a partir da conduta do autor material da infração, o modelo tradicional da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica acaba por impedir a análise da conduta de outros administradores/controladores que possam ter colaborado com o cometimento dessa infração.

Exemplo dessa limitação do modelo da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica quanto à aplicação de penas administrativas, refere-se a alguns precedentes jurisprudenciais oriundos da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, com reflexo também no CRSFN. Em tais precedentes, é firmado o entendimento de que há impossibilidade de simultânea responsabilização de pessoa jurídica e de pessoas físicas (administradores responsáveis pelo setor da pessoa jurídica em que se verificou a infração administrativa) por uma mesma infração administrativa¹⁸².

¹⁷⁸ Vide item 3.1, Modelos de Responsabilidade Jurídica, Responsabilidade Subjetiva e Personalidade das Penas.

¹⁷⁹ Vide item 3.3, Modelo da Responsabilidade Subjetiva da Pessoa Jurídica.

¹⁸⁰ Da dependência total nos modelos derivados exclusivos, passando pela dependência parcial nos modelos derivados simples até a independência dos modelos diretos ou organizacionais.

¹⁸¹ Esclareça-se que os julgados do CRSFN referidos no presente item não se restringem à temática da personalidade das penas (CF/88, art. 5º, XLV). Aqui as decisões sobre esse tema serão utilizadas para se permitir a identificação do modelo tradicional da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica; as decisões que não se enquadrem nesse modelo tradicional não necessariamente tratam dessa matéria e foram colhidas a partir da observação da jurisprudência administrativa do CRSFN.

¹⁸² Apesar de esse entendimento ter surgido na CVM (ou seja, com referência à supervisão do mercado de capitais), esclareça-se que ele, por seus fundamentos, não estaria restrito ao mercado de capitais, razão pela qual se mostra pertinente sua análise aqui também quanto ao mercado financeiro.

Os fundamentos desse entendimento podem ser identificados a partir da análise do voto vogal do Diretor Pedro Marcílio proferido no julgamento do PAS CVM RJ2006/3364 (j. em 16/05/07):

02. Esses precedentes, por mim relatados, tratam, sem diferenciar, de duas situações distintas. Uma, cuja jurisprudência já se encontra amplamente pacificada (inexistência de responsabilidade objetiva perante a CVM) e outra pouco explorada (impossibilidade de se apenar, simultaneamente, pessoa jurídica e seus administradores, pela mesma conduta, sem que haja disposição normativa impondo responsabilidade individual a ambos).

03. Nesta última hipótese, parece-me claro, não se pode confundir a pessoa jurídica com o seu representante legal. Representante legal, ou "presentante", como diz Pontes de Miranda, é quem torna presente o ato da pessoa ficta (pessoa jurídica). Tornando-a presente, o ato do administrador é a ela atribuído e não mais a ele. A pessoa jurídica passa, então, a responder pelos atos do seu "presentante".

04. Somente em alguns casos especiais previstos na legislação é que se considera que o ato do "presentante" é próprio e não da pessoa jurídica. Comumente, atribui-se o ato ao "presentante" e não à pessoa jurídica, quando se trata de infração penal ou quando o ato é produzido para fraudar a pessoa jurídica. Nesses casos, usualmente, a legislação não impõe responsabilidade à pessoa jurídica, mas apenas à pessoa física que praticou o ato (seu "presentante").

[...]

07. Ausente um regramento especial, vige a disciplina usual das sociedades, na qual a responsabilidade ou se atribui à sociedade ou ao representante legal. Nesse sentido, pode-se dizer que a "culpabilidade" é da pessoa jurídica ou do seu representante legal. Nunca de ambos, pois ou o representante legal "dá voz", "presenta" a pessoa jurídica (e, portanto, é a sociedade que expressa sua vontade ou que poderia prever a violação legal em decorrência dos efeitos de sua ação) ou o representante legal, sem ter capacidade para representá-la em um tal ato, é quem age com dolo ou com culpa.

08. Até por isso, não se pode falar em concurso de pessoas entre a pessoa jurídica e seu representante legal, pois a ilicitude é cometida por uma só pessoa, em decorrência de um só ato. Não se pode dizer que a pessoa jurídica e o seu representante cooperam para praticar ilícito, pois o representante legal, ao tornar presente a pessoa jurídica, "desaparece" e "perde vontade própria". A pessoa jurídica age, então, isoladamente. Do contrário, a pessoa jurídica não se faz presente, e o representante legal é o autor isolado.

09. Sendo assim, parece-me claro que não há como se imputar um dado ato, simultaneamente, à pessoa jurídica e à pessoa física que a torna presente, a não ser quando essa possibilidade está prevista na legislação.

Da leitura desse voto¹⁸³ pode-se perceber a referida dificuldade decorrente da manutenção do modelo tradicional da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica relativamente à aplicação de penas administrativas. Além de procurar distinguir hipóteses em que seria possível a dupla responsabilização (por meio de critérios só verificáveis em cada caso concreto) daquelas em que só seria responsável uma delas (ou só a pessoa jurídica, ou só a pessoa física), tal entendimento parece pressupor que a atuação da pessoa jurídica só poderia se expressar pela atuação do autor material da infração administrativa. Tal pressuposição se

¹⁸³ O acórdão completo do PAS CVM RJ2006/3364 se encontra no Anexo E.

mostra inadequada especialmente quanto às sociedades anônimas. Por possuírem as sociedades anônimas uma estrutura organizacional e decisória mais ampla, nesses entes coletivos a infração pode perfeitamente ser cometida não apenas pelo autor material da infração, mas também por outras pessoas. A prática do ato ou conjunto de atos constitutivos da conduta infratora pode ter também a decisiva participação de outras pessoas físicas que, ocupando posições-chaves dentro da estrutura organizacional, efetivamente colaboram para a produção do ilícito.

O raciocínio contido na decisão acima destacada, no entanto, vai à linha oposta e parece pressupor que a conduta de uma pessoa jurídica estaria resumida unicamente à atuação da pessoa física que figure como autor material da infração. Também aqui não há espaço para qualquer espécie de consideração relativamente à atuação de outras pessoas físicas (demais administradores/controladores da pessoa jurídica) que, nos demais escalões desse ente coletivo, possam, em um dado caso, ter eventualmente contribuído, por exemplo, na concepção e/ou execução de ações empresariais conducentes ao cometimento da infração administrativa.

Em que pese o pequeno número de casos expressamente identificados com esse entendimento dentre as decididas pelo CRSFN no período pesquisado¹⁸⁴, as decisões produzidas nos respectivos processos também constituem exemplos dos limites do modelo tradicional da responsabilidade da pessoa jurídica no que tange a imposição de penas administrativas.

Além desses exemplos, também podem ser identificadas outras decisões administrativas que também não observam essa relação existente, no modelo tradicional da responsabilidade objetiva, entre as condutas das pessoas físicas (autor material dos fatos e/ou dos demais administradores/controladores) e o reconhecimento da responsabilidade da pessoa jurídica.

Se a regra geral, nos recursos julgados pelo CRSFN, é a simultânea responsabilização da pessoa física (autor material da infração administrativa) e da pessoa jurídica¹⁸⁵, também já houve oportunidades em que só a pessoa jurídica foi condenada, mas não as pessoas físicas responsáveis pelas áreas em que ocorrida a respectiva infração administrativa¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Vide Anexo F.

¹⁸⁵ Vide, como exemplo desse padrão geral, o Recurso 7.530, (j. em 15/08/08, na 288ª Sessão).

¹⁸⁶ Recurso 6.065 (j. em 26/01/10, na 308ª Sessão) e Recurso 10.984 (j. em 10/08/11, na 330ª Sessão). Em que pese esses dois acórdãos se referirem à ausência de elementos de prova da participação direta das pessoas físicas,

Ressalte-se que, em outros casos, o CRSFN desconsiderou qualquer espécie de influência dos novos controladores/administradores e acabou por concluir pela responsabilização da pessoa jurídica em razão de infração administrativa cometida pelos seus antigos administradores/controladores¹⁸⁷. Já em outras hipóteses a conduta dos demais administradores/controladores foi expressamente considerada, como ocorreu nas hipóteses de sua colaboração para apurar a infração cometida por pessoa física em seu nome¹⁸⁸, isso feito mesmo em situações nas quais a única acusada (e condenada) foi a própria pessoa jurídica¹⁸⁹.

Não bastasse isso, também existem decisões que parecem pressupor uma verdadeira espécie de responsabilidade subjetiva do modelo direto ou organizacional (autorresponsabilidade), isto é, situações em que a penalidade administrativa da pessoa jurídica estaria vinculada a uma conduta do conjunto dos administradores/controladores do ente coletivo (e não exclusivamente dependente da responsabilidade subjetiva do autor material da infração).

Seja (i) nas 19 decisões¹⁹⁰ em que o CRSFN reconheceu a procedência e o preenchimento dos requisitos da TQCA para a absolvição da pessoa jurídica, seja (ii) nas 5 decisões¹⁹¹ em que tal autoridade reconheceu a procedência da tese da EPI para a absolvição da pessoa jurídica, o colegiado do órgão parece ter tido em mente que a responsabilidade da pessoa jurídica só poderia ser reconhecida caso estivesse devidamente configurada uma conduta da *administração do ente coletivo como um todo* (administradores/controladores) que pudesse ser aferível em padrões de responsabilização subjetiva.

Em ambas as hipóteses foi determinante para a absolvição da pessoa jurídica a constatação de que não mais existia a “antiga vontade” da pessoa jurídica que determinou a infração administrativa (ou seja, os antigos administradores/controladores).

neles o CRSFN entendeu que esses mesmos elementos de prova seriam suficiente para a condenação das pessoas jurídicas pelos mesmos fatos. Assim, apesar desse fundamento de ausência probatória, neles o CRSFN acabou por efetivamente entender ocorrente uma infração só quanto à pessoa jurídica e não quanto às pessoas físicas responsáveis.

¹⁸⁷ Recurso 11.447 (j. em 28/07/10, na 316ª Sessão); Recurso 11.497 (j. em 25/09/12, na 344ª Sessão); Recurso 11.416 (j. em 10/01/12, na 335ª Sessão).

¹⁸⁸ Recurso 5.746 (j. em 28/07/10, na 316ª Sessão) e Recurso 12.748 (j. em 26/08/13, na 356ª Sessão).

¹⁸⁹ Recurso 5.280 (j. em 28/06/05, na 250ª Sessão); Recurso 11.374 (j. em 18/08/10, na 317ª Sessão); Recurso 11.378 (j. em 22/02/11, na 324ª Sessão); Recurso 12.540 (j. em 13/08/13, na 343ª Sessão).

¹⁹⁰ TCQA conhecida - requisitos configurados: Recursos 3.563, 3.655, 4.248, 4.187, 3.930, 4.009, 4.353, 4.575, 5.224, 4.937, 5.223, 5.925, 5.576, 6.198, 6.197, 9.075, 10.871, 11.178, 5.954. Vide Quadro 7.

¹⁹¹ EPI conhecida – procedência - absolvição da PJ: Recursos 8.279, 5.455, 7.362, 9.252 e 6.200. Vide Quadro 8.

A análise de todas essas decisões permite constatar a variedade com que a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas pode ser estabelecida pelo CRSFN. Todas essas decisões têm em comum o fato de não terem observado (no mínimo) uma das duas características do modelo tradicional para determinação da responsabilidade da pessoa jurídica: (i) que ela seja feita em padrões de responsabilidade objetiva e (ii) que baste somente a conduta do autor material da infração para essa responsabilidade seja “disparada”.

Comparativamente ao modelo tradicional, tais decisões administrativas podem ser organizadas segundo esses dois critérios: a) o tipo de responsabilidade coletiva que é determinada (se responsabilidade objetiva ou responsabilidade subjetiva) e b) o grau de dependência da conduta do autor material para determinação da responsabilidade coletiva (se restrita a essa conduta individual ou não). Tendo em conta a combinação desses dois critérios, pode-se delinear um panorama dessas decisões do CRSFN conforme Quadro 12:

Quadro 12 – Modelos de responsabilidade jurídica e decisões do CRSFN.

	Restrita à Conduta do Autor da infração	Não Restrita à Conduta do Autor da Infração (demais administradores/controladores)
Responsabilidade Objetiva	Modelo Tradicional (grupo 1)	Responsabilidade Derivada (Heterorresponsabilidade) (grupo 2)
Responsabilidade Subjetiva	“ <i>Presentante</i> ” da Pessoa Jurídica ¹⁹² (grupo 3)	Responsabilidade Organizacional (Autorresponsabilidade) (grupo 4)

Fonte: Elaboração do autor

Os padrões para a definição da responsabilidade da pessoa jurídica, contidas nessas decisões do CRSFN, podem ser organizadas em quatro grupos:

- a) grupo 1 (responsabilidade objetiva e restrita à conduta do autor material da infração): refere-se ao *modelo tradicional* da responsabilidade objetiva em que,

¹⁹² O termo “*presentante*” da pessoa jurídica consta do acórdão da CVM no PAS CVM RJ2006/3364. O inteiro teor dessa decisão administrativa se encontra no Anexo E.

após o cometimento da infração administrativa pela pessoa física em nome da pessoa jurídica, estaria suficientemente estabelecida a responsabilidade coletiva, a qual, justamente por ser objetiva, não mais admitiria qualquer perquirição sobre a conduta dos demais administradores da pessoa jurídica¹⁹³;

- b) grupo 2 (responsabilidade objetiva mas não restrita à conduta do autor material da infração): refere-se às decisões em que, apesar da infração cometida pela pessoa física ser suficiente para caracterizar a responsabilidade da pessoa jurídica, essa responsabilidade coletiva não é exclusivamente determinada a partir da atuação dessa pessoa natural, mas também pode levar em conta a atuação dos demais administradores/controladores da pessoa jurídica¹⁹⁴;
- c) grupo 3 (responsabilidade subjetiva e restrita à conduta do autor material da infração): refere-se aos casos em que a conduta do autor material (pessoa física) da infração administrativa é entendida como sendo a única passível de ser imputável à pessoa jurídica, como foi entendido no referido acórdão da CVM quanto aos atos do “*presentante*” da pessoa jurídica¹⁹⁵;
- d) grupo 4 (responsabilidade subjetiva mas não restrita à conduta do autor material da infração): esse grupo se refere aos casos em que a responsabilidade coletiva é determinada a partir da análise, em padrões de responsabilidade subjetiva, da atuação dos demais administradores/controladores da pessoa jurídica¹⁹⁶, como ocorre com os modelos de responsabilidade direta ou organizacional (autorresponsabilidade).

¹⁹³ Casos de responsabilidade da pessoa jurídica pela atuação de antigos administradores - Recurso 11.447 (j. em 28/07/10, na 316ª Sessão); Recurso 11.497 (j. em 25/09/12, na 344ª Sessão); Recurso 11.416 (j. em 10/01/12, na 335ª Sessão).

¹⁹⁴ Casos de responsabilização atenuada da pessoa jurídica quando aos demais administradores/controladores colaborarem ativamente para a apuração da infração administrativa - Recurso 5.746 (j. em 28/07/10, na 316ª Sessão); Recurso 12.748 (j. em 26/08/13, na 356ª Sessão); Recurso 5.280 (j. em 28/06/05, na 250ª Sessão); Recurso 11.374 (j. em 18/08/10, na 317ª Sessão); Recurso 11.378 (j. em 22/02/11, na 324ª Sessão); Recurso 12.540 (j. em 13/08/13, na 343ª Sessão).

¹⁹⁵ “Tornando-a presente, o ato do administrador é a ela atribuído e não mais a ele. A pessoa jurídica passa, então, a responder pelos atos do seu “*presentante*”” (passagem do voto vogal do Diretor Pedro Marcílio no julgamento do PAS CVM RJ2006/3364).

¹⁹⁶ Como parece ter ocorrido nas referidas hipóteses de absolvição da pessoa jurídica por TQCA ou por EPI - vide item anterior - e na outra em que houve a condenação da pessoa jurídica e absolvição das pessoas físicas que foram os autores materiais da infração administrativa - Recurso 6.065 (j. em 26/01/10, na 308ª Sessão); Recurso 10.984 (j. em 10/08/11, na 330ª Sessão).

A organização das decisões do CRSFN nesses 4 diferentes grupos bem serve para mostrar as limitações do modelo tradicional da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica quanto à aplicação de penalidades administrativas. Apesar de estruturado segundo uma responsabilidade objetiva que é “disparada” pela atuação de um só indivíduo, esse mesmo modelo tradicional também é utilizado para a avaliação da conduta de outras pessoas físicas (demais administradores/controladores), inclusive para se saber se a infração administrativa foi culposamente cometida.

De fato, as decisões dos grupos 2, 3 e 4 acima referidos surgiram justamente dessas limitações e mostram como esse modelo tradicional pode se revelar inadequado quando aplicado à imposição de penalidades administrativas às pessoas jurídicas. Todos esses casos se ligam, ainda que em graus diferentes, às características desse modelo tradicional, isso seja por sua restrição à atuação do autor material da infração, seja pela sua vinculação à responsabilidade objetiva.

Para se tentar compatibilizar a necessidade de avaliação subjetiva da conduta dos demais administradores/controladores da pessoa jurídica, pode-se afirmar que o mais adequado seria o CRSFN passar a fundamentar suas análises e decisões em um *modelo de responsabilidade direta ou organizacional* (autorresponsabilidade) para a definição da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, modelo esse que poderia ser concebido tanto isoladamente quanto em combinação com o requisito da atuação da pessoa física autor material da infração (como ocorre no modelo de “*ação institucional*” da pessoa jurídica¹⁹⁷).

Ressalte-se que, também só por meio de um modelo de responsabilidade direta ou organizacional (autorresponsabilidade), é que se poderia cogitar da aplicação, em termos adequados, da personalidade das penas às pessoas jurídicas.

Como já exposto¹⁹⁸, a personalidade das penas pressupõe responsabilidade subjetiva e, segundo o modelo tradicional, a responsabilidade da pessoa jurídica é determinada em padrões objetivos. Mas sendo possível se cogitar de uma responsabilidade subjetiva própria e independente para a imposição de uma penalidade administrativa à uma pessoa jurídica, também aqui se poderia estabelecer os parâmetros em que essa penalidade poderia ser exigida de outro ente coletivo¹⁹⁹ (como entre incorporadora e incorporada, por exemplo).

¹⁹⁷ Vide item 4.3.1, Modelos de Responsabilidade Subjetiva das Pessoas Jurídicas e Direito Administrativo Sancionador.

¹⁹⁸ Vide item 3.1, Modelos de Responsabilidade Jurídica, Responsabilidade Subjetiva e Personalidade das Penas.

¹⁹⁹ “O princípio da personalidade das penas, no entanto, carece, em realidade, de autonomia conceitual. Na verdade se trata – mas que um princípio em si mesmo – de uma consequência do princípio da culpabilidade, que

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa procurou compreender a diversificação de significados assumidos pela personalidade das penas (CF art. 5º, XLV) em julgados proferidos pelo CRSFN, entre 2003 e 2012, no seu exercício da supervisão do mercado financeiro brasileiro. E, ao assim fazê-lo, foram possíveis algumas constatações.

O exame da doutrina que embasa o direito comercial e o administrativo predominante, juntamente com a análise de decisões do CRSFN revelaram, primeiramente, a insuficiência do formalismo da abordagem jurídica tradicional, como, aliás, certos autores relevantes têm argumentado recentemente (ver, por exemplo, COUTINHO, 2013, p. 74).

A análise dos julgados do CRSFN foi clara ao demonstrar a insuficiência de uma postura “essencialista”, de busca de uma “natureza jurídica” una e imutável das formas jurídicas focalizadas na presente pesquisa. Também se pôde constatar uma igual insuficiência relativamente à postura ligada de positivismo normativista: as disposições normativas de que tem lançado mão o CRSFN no exercício da supervisão do mercado financeiro no Brasil. Conforme argumentado ao longo do trabalho, as figuras jurídicas empregadas nas análises realizadas pelo CRSFN não conseguem abarcar a complexidade dos fatos a que a ação fiscalizadora desse órgão se dirige²⁰⁰.

A análise das noções jurídicas envolvidas na presente pesquisa (como aquelas de poder de polícia, administração ordenadora, regulação e princípio da personalidade das penas, por exemplo) procurou demonstrar a contingência histórica de cada uma delas. O Capítulo 2 teve por objetivo explicitar as estreitas vinculações entre tais noções jurídicas e os respectivos contextos históricos em que elas surgiram, isso feito com especial referência às diferentes maneiras em que o Estado brasileiro atuou no setor econômico. Lá se pode constatar que essas noções jurídicas, mais do que simplesmente uma “moldura” para operações entre particulares,

impede que alguém sofra as consequências penais da culpabilidade de outro. Na medida em que o princípio da culpabilidade pode se redefinido para alcançar também às pessoas jurídicas, este princípio deveria também ser redefinido” (SAGGESE, 2005, p. 103). Vide parte final do item 4.3.1 – Modelos de Responsabilidade Subjetiva das Pessoas Jurídicas e Direito Administrativo Sancionador.

²⁰⁰ Sobre essa insuficiência do formalismo da abordagem jurídica tradicional, seja em sua vertente jusnaturalista, seja em sua vertente juspositivista, aplicado quanto à noção de direito subjetivo vide Castro 2013a, p. 8-9; Castro e Fontes 2014, p. 15-16.

são estruturas socialmente construídas que verdadeiramente conformam tais relações dos particulares entre si, e entre eles e o poder público²⁰¹.

Essa contingência histórica também pôde ser constatada quanto às formas jurídicas oferecidas à organização das atividades empresariais. O Capítulo 3 procurou demonstrar a passagem histórica dos modelos tradicionalmente estabelecidos para tanto (empresa individual, empresa societária e empresa plurissocietária), oportunidade em que também foi possível identificar o modelo da empresa societária (uma empresa igual a uma sociedade) como aquele que é pressuposto, como regra geral, nas disposições normativas de direito civil, comercial e administrativo no Brasil.

Essa contextualização histórica também procurou explicitar as diferentes maneiras em que a responsabilidade dessas sociedades pode ser estabelecida. O Capítulo 4 procurou expor que tal responsabilidade coletiva se consolidou em um modelo de responsabilidade objetiva e que, só com o reconhecimento da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas a partir da metade do séc. XX, é que modelos de responsabilidade subjetiva foram sendo desenvolvidos.

A partir desses elementos foi possível descrever duas características do material normativo usado pelo CRSFN que o tornam insuficiente para informar uma eficaz política de fiscalização do sistema financeiro no Brasil.

A primeira dessas características se refere à regra geral (majoritariamente aceita e presente nessas estruturas normativas), de uma coincidência necessária entre as unidades econômica e jurídica (pressupondo que uma empresa é sempre igual a uma sociedade). Como visto, essa “regra da necessária coincidência” é frequentemente posta em xeque pelas autoridades de fiscalização ao aplicá-la em concreto, isso tendo em conta a forte presença dos grupos societários – e não apenas empresas sob a forma de uma única sociedade – no mercado financeiro brasileiro.

²⁰¹ A importância dessa abordagem institucionalista para o Novo Direito e Desenvolvimento (*New Law and Development*) é assim caracterizada por Mario G. Schapiro: “Este é um campo bastante amplo e reúne distintas linhas de pesquisa. Todas elas têm como pressuposto uma crítica interna às bases da economia neoclássica, que não leva em conta a mediação institucional dos processos econômicos” (SCHAPIRO 2010, p. 175). Em obra posterior, esse mesmo autor aprofunda o caráter conformador desse institucionalismo: “[...] Neste trabalho, contudo, ao fazer menção ao institucionalismo, a abordagem pretendida é menos tributária deste novo institucionalismo e mais vinculada ao que se chama de antigo institucionalismo. À diferença do primeiro, o antigo institucionalismo toma as instituições como fatores socialmente construídos e não como elementos de coordenação de um mercado preexistente. No limite, para este enfoque que se pretende retomar neste trabalho é o mercado é o mercado que resulta das instituições e não as instituições que são desenhadas pelas necessidades do mercado logicamente preconcebido. Em consequência, nesta ótica, as instituições econômicas não são tratadas como dispositivos vinculados a uma tarefa normativa: a redução dos custos de transação (como costuma ocorrer nos enfoques da nova economia institucional). As instituições são entendidas como cristalizações sociais, das quais resulta a conformação dos sistema econômicos” (SCHAPIRO 2012, p. 129).

Uma segunda insuficiência identificada se refere à ausência de uma maior definição de quais condutas individuais seriam aquelas necessárias para a definição da responsabilidade coletiva: ela tanto poderia ser determinada a partir da conduta de uma única pessoa física (autor material da infração) como também poderia ser igualmente determinada a partir da atuação dos administradores da pessoa jurídica, por exemplo.

A presente pesquisa é reveladora dessas limitações das estruturas normativas examinadas, aplicáveis ao mercado financeiro brasileiro, seja para identificação do agente econômico coletivo (empresa), seja para o estabelecimento de consequências jurídicas decorrentes de sua conduta.

As estruturas institucionais do mercado financeiro brasileiro, no plano empírico, e a racionalidade da atuação estatal nesse setor não se revestem da formalidade e da atemporalidade pressupostas em uma abordagem jurídica convencional. Tanto as instituições como as políticas das autoridades fiscalizadoras dos mercados financeiros estão intimamente ligadas às circunstâncias econômicas e sociais vividas pelo Brasil em cada período histórico. Uma racionalidade regulatória realista e verdadeiramente eficaz deveria estar ciente dessas limitações das estruturas normativas a que recorrem os operadores do direito que se dedicam ao setor.

Essa nova racionalidade regulatória demanda tanto que se reconheça a importância dessas estruturas normativas, mas também que se tenha consciência que essas mesmas estruturas são historicamente construídas. Os operadores do direito brasileiro, por exemplo, deveriam ter ciência das diferenças entre a noção de poder polícia em um estado liberal (que visa simplesmente à garantia da autonomia privada) para aquela presente em um estado desenvolvimentista (em que essa mesma noção está imersa em uma no attingimento de certos fins sociais, como a correção de falhas de mercado ou de injustiças sociais)²⁰².

A bem dizer, uma visão pós-neoliberal demanda novos papéis e novos meio de análise para o direito. Schapiro, Coutinho e Trubek (2013, p. 55), falam em quatro novas funcionalidades para direito: a) assegurar flexibilidade; b) estimular a coordenação; c) provimento de uma moldura normativa para sinergia e d) garantir a legitimidade. Tais indicações podem ser um começo de um processo de revisão do modo de proceder dos juristas dedicados ao desenvolver o direito aplicado na fiscalização do mercado financeiro no Brasil. E podem alimentar a construção de uma nova governança, que seria caracterizada justamente pelo reconhecimento da crescente importância de estratégias desenvolvidas dinamicamente no

²⁰² Para uma exposição sobre as diferentes racionalidades regulatórias segundo o tipo de estado, vide Schapiro, 2010, p. 298.

seio dos mercados e do fenômeno crescentemente importante das “redes”, diante das quais a autoridade estatal não deve ser mais vista como monolítica, mas como sujeita a constante contestação e “revisão de rumos”, ao mesmo tempo em que se engaja em complexos processos de negociação de normas de regulação.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Emanuel Coutinho de. *Da Empresarialidade (As empresas no direito)*. Coimbra: Almedina, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (Trad. Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista Direito GV*, v.1, n. 2, jun./dez. 2005. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, p. 29-68. Disponível em < http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_02_p029_068.pdf >. Acesso em 18 jun. 2013.

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório*. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.

ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. *Empresa e desenvolvimento: importam as estruturas jurídico-organizativas à disposição dos agentes para o exercício das atividades empresariais*. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Fragmentos para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BACIGALUPO, Enrique. Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, , p. 43-59, 2005^a.

_____. La responsabilidad penal y sancionatória de las personas jurídicas en el derecho europeo. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Curso de Derecho Penal Económico*, 2. ed., Madrid: Marcial Pons, p. 61-79, 2005b.

BERNARD, Thomas J. The historical development of corporate criminal liability. *Criminology*, v. 22, n. 1, February, 1984, p.-3-17, disponível em < <http://libgen.org/scimag/get.php?doi=10.1111/j.1745-9125.1984.tb00285.x> >. Acesso em 10 nov. 2013.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *50 maiores bancos e o consolidado do Sistema Financeiro Nacional*. Disponível no site do Banco Central a partir de : http://www4.bcb.gov.br/top50/port/esc_met.asp. Acesso em 15 set. 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *50 maiores bancos e o consolidado do Sistema Financeiro Nacional. Data-base: Junho/2014 - Balancetes processados até:02/09/2014*. Disponível no site do Banco Central a partir de: <http://www4.bcb.gov.br/fis/TOP50/port/Top50P.asp> e <http://www4.bcb.gov.br/top50/port/top50.asp>. Acesso em 15 set. 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Lista de Bancos Estaduais Privatizados*. Disponível no site do Banco Central a partir de: <http://www.bcb.gov.br/lid/gedes/instituicoesPrivatizadas.pdf>. Acesso em 15 set. 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Alterações Societárias Ocorridas com Bancos no SFN - 1990 / 2000*. Disponível no site do Banco Central a partir de:

<http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/e88-2000/anex1.asp?idpai=RELSFN19882000>, Acesso em 15 set. 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Transferências de Controle Acionário dos anos de 1998 e de 2001*. Disponível no site do Banco Central a partir de: <<http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r199812/Anexc.asp?idpai=REVSFN199812> e <http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r200012/Anexe.asp?idpai=REVSFN200012>. Acesso em 15 set. 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários - CVM. *Acórdãos proferidos nos julgamentos do PAS 2003/0489, PAS CVM 2005/5038, IA CVM 29/03, IA CVM 02/02, PAS CVM RJ 2006/3364, PAS CVM RJ 28/05*. Disponível no site da CVM a partir de: <http://www.cvm.gov.br>.

_____. CRSFN – Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. *Acórdãos preferidos no julgamento dos Recursos* 3.563, 3.622, 3.655, 3.787, 3.788, 3.907, 3.930, 3.969, 3.994, 4.009, 4.043, 4.187, 4.200, 4.209, 4.248, 4.255, 4.315, 4.337, 4.341, 4.348, 4.353, 4.465, 4.466, 4.527, 4.575, 4.619, 4.654, 4.689, 4.764, 4.937, 5.144, 5.223, 5.224, 5.424, 5.455, 5.576, 5.898, 5.925, 5.954, 6.197, 6.198, 6.200, 7.362, 7.521, 7.532, 7.544, 7.546, 8.302, 8.279, 9.075, 9.251, 9.252, 10.853, 10.871, 10.984, 11.178, 11.327, 11.350, 11.462, 11.472, 11.576, 11.612, 11.644, 11.747, 11.830, 11.877, 12.416, 12.485, 12.774. Disponível no site do CRSFN a partir de: <http://www4.bcb.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=nmsSecreCRSFN:idxSecreCRSFN>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdãos proferidos no julgamento dos RESPs 564.960/SC e 800.817/SC*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/acordaos/?vPortalArea=1186>> . Acesso em 30 ago. 2013.

BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal brasileiro. *Revista Liberdades Especial* - Reforma do Código Penal, Publicação Oficial do IBCCrim. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, set. 2012, p. 98-128. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo4.pdf> . Acesso em 30 ago. 2013.

CASTRO, Marcus Faro de. Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado. In: *Revista de Direito Empresarial*, n. 6, jul./dez. 2006, p. 41-62.

_____. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil*. De Gruyter - Law and Development Review, Volume 6, Issue 1, Pages 61–115, 2013. DOI: 10.1515/ldr-2013-0003.

_____. Globalização, democracia e direito constitucional: legados recebidos e possibilidades de mudança. In: CLÉVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional : Análise, Crítica e Contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 697-719.

CASTRO, Marcus Faro de; FONTES, Daniele Kleiner. *Regulating broadband services and digital development in Brazil: some new ideas on the role of legal analysis*. Prepared for the 5th Biennial ECPR Standing Group for Regulatory Governance Conference, held in Barcelona, 25-27 June 2014 at the Universitat Pompeu Fabra (Ciutadella Campus). Organized by the Institut Barcelona d'Estudis Internacionals (IBEI).

COLVIN, Eric. Corporate Personality and criminal liability. *Criminal Law Forum*, v. 6, n.1, 1995, p. 1-46. Disponível em: < [http://libgen.org/scimag/get.php?doi= 10.1007/bf01095717](http://libgen.org/scimag/get.php?doi=10.1007/bf01095717)>. Acesso em 27 nov. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COVAS, Silvânio; CARDINALI, Adriana Laporta. *O Conselho de Recursos no Sistema Financeiro Nacional: atribuições e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FABIANI, Emerson Ribeiro. *Direito e crédito bancário no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil* (Trad. Gonzalo Hernández). Barcelona: Ariel, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado* (Trad. Luís Carlos Borges). 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria pura do Direito* (Trad. João Baptista Machado). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KENNEDY, Duncan. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBEK, D.M.; SANTOS, A. (Eds.). *The new law and economic development: a critical appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LAPORTA, Rafael; LÓPEZ-DE-SILLANES, Florencio; SHLEIFFER, Andrei; VISHNY, Robert. Law and Finance. *Journal of Political Economy*, v. 106, n. 6, Chicago, p. 1113-1155, 1998.

LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Reminiscências da responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua efetividade. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 36, Uberlândia, p. 155-181, 2008.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portela; KIRSCHBAUM, Deborah; TANGERINO, Davi; DE PALMA, Juliana Bonacorsi; DA LUZ, Yuri Corrêa; FERREIRA, Carolina Cutrupi; CAMARGO, Beatriz; SCHAFFA, Pedro; TUCCI, Rogério Lauria Marçal. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Ministério da Justiça, Série Pensando o Direito, v. 18 - Versão Integral, 2009. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}>>. Acesso em: 01 jul. 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Poder de Polícia. In: PIRES, Luísa Manuela Fonseca; ZOCKUN, Maurício (Coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, p. 68-109, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed. (2ª reimp.), Madrid: Tecnos, 2008.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Angel Núñez; DE OLIVEIRA, Miguel Terra; DE BRITO, Aléxis Couto. *Direito penal brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PARGENDLER, Mariana. *Evolução do direito societário: lições do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PICCIOTTO, Sol. *Regulating global corporate capitalism*. New York: Cambridge University Press, 2011.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PRADEL, Jean. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês: ensaio de resposta a algumas questões chave. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, out-dez, p. 51-63, 1998.

PRADO, Luís Régis. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações*. In: PRADO, Luís Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2. ed., São Paulo: RT, p. 125-156, 2010.

PRADO, Viviane Muller. Grupos Societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*, v.1, n. 2, jun./dez. 2005. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, p. 05-28. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9651/Viviane%20Muller%20Prado.pdf?sequence=1>>. Acesso em 15 jul, 2014.

SAGGESE, Silvina Bacigalupo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, p. 81-104, 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof; SATIRO, Francisco. *Pena de advertência e incorporação valor econômico*. Aug. 2014. Disponível em < http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/92>, Acesso em setembro de 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Responsabilidade penal e conceito de pessoa jurídica*. In: O novo direito societário. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

SCHAPIRO, Mario G. *Novos Parâmetros para Intervenção do Estado na Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Estado, economia e sistema financeiro: bancos públicos como opção regulatória e como estrutura de governança*. In: LIMA, Maria Lucia L.M. Pádua (Coord.) *Agenda contemporânea: direito e economia 30 anos de Brasil*, tomo 2, São Paulo: Saraiva, p. 120-154, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

STIGLITZ, Joseph. The role of the state in financial markets . In: STIGLITZ, Joseph. *Proceedings of the World Bank Conference on Development Economics*. Washington, DC: World Bank. 1994. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/1994/03/698575/role-state-financial-markets>>. Acesso em 18 jun. 2014.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* (2008). Faculty Scholarship Series. Paper 14. 2008. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14>. Acesso em 27 nov. 2012.

TRUBEK, David M. *Developmental states and the legal order: towards a new political economy of development and law*. Legal Studies Research Paper n. 1075. Madison: University of Wisconsin, 2009. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=1349163> >. Acesso em 18 jun. 2014.

_____. Law, State and the new developmentalism: an introduction. In: TRUBEK, David M.; GARCIA, Helena Alviar; COUTINHO, Diogo R.; SANTOS, Álvaro (Org.). *Law and the new developmental state: the Brazilian experience in the Latin America context*. New York: Cambridge University Press, p. 28-61, 2013.

TRUBEK, David M.; SANTOS, Álvaro. Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and The Emergence of a New Critical Practice. In: TRUBEK, D.M.; SANTOS, A. (Eds.). *The new law and economic development: a critical appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TRUBEK, David M.; SCHAPIRO, Mario G. Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: TRUBEK, D. M.; SCHAPIRO, M. G. (Eds.). *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRUBEK, David M; SCHAPIRO, Mario G; COUTINHO, Diogo R. New State Activism in Brazil and the Challenge for Law. In: TRUBEK, D.M.; GARCIA, H. A.; COUTINHO, D. R.; SANTOS, A. (Org.). *Law and the New Developmental State: the Brazilian experience in the Latin America context*, New York: Cambridge University Press, p. 3-27, 2013.

TURCZYN, Sidnei. *O sistema financeiro nacional e a regulação bancária*. São Paulo: Saraiva, 2007.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

YAZBEK, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. 2.^a reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ANEXOS

ANEXO A - Acórdão proferido pelo CRSFN no julgamento do Recurso 5.223.

265ª Sessão

Processo BCB 0101084395

I - RECURSO VOLUNTÁRIO

RECORRENTE: ALDO DE ALMEIDA JÚNIOR

RECORRIDO: BANCO CENTRAL DO BRASIL

II - RECURSO DE OFÍCIO

RECORRENTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL

RECORRIDO: BANCO BANESTADO S.A.

EMENTA: RECURSOS VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO – Câmbio - Acolhimento de depósitos em espécie de contas de domiciliados no exterior sem devida identificação da origem dos valores - Inobservância às obrigações de natureza prudencial - Irregularidades caracterizadas - Responsabilização do diretor encarregado da área externa - Transferência qualificada de controle acionário (início do processo administrativo após a data da negociação – de interesse da autoridade supervisora tendo em vista saneamento e higidez do chamado Sistema Financeiro Nacional - e ausência de má-fé) - Confirmação da jurisprudência do CRSFN para casos da espécie - Recurso de ofício improvido

PENALIDADE: Multa pecuniária

BASE LEGAL: Lei nº 4.595/64, art. 44, § 2º.

ACÓRDÃO/CRSFN 7813/06:

RELATÓRIO

O Banco Banestado S/A e o seu Diretor de Câmbio e Operações Internacionais, Sr. Aldo de Almeida Junior, foram intimados no presente processo administrativo, em razão das seguintes irregularidades:

- a) *participação em esquema destinado a promover a evasão de divisas do País, mediante utilização de artifícios para ocultação das reais identidades dos responsáveis pelas transferências internacionais. As manobras artificiosas praticadas pelo Banco do Estado do Paraná S/A atestam o caráter ilegítimo das operações em exame, caracterizando jogo sobre o câmbio (art. 5º, § 1º, do Decreto 4.182/20);*
- b) *as operações de câmbio tiveram origem em esquema artificioso, não cuidando o Banco Banestado de revestir suas transações das cautelas necessárias, na medida em que os reais depositados em contas de instituições financeiras não-residentes podiam ser livremente convertidos em moeda estrangeira, conforme previsto no regulamento do MCTF. A resolução 1.620/89 determina que a autorização obtida pelas instituições financeiras para operar em câmbio implica a defesa intransigente das reservas cambiais do País, seja quanto à realização tempestiva das receitas provenientes de*

exportação e outros direitos, seja quanto à liceidade e exequiabilidade das operações das quais decorram ou possam decorrer pagamentos ao exterior. Para isso, a Instituição deve manter suas operações sob permanente acompanhamento, de forma a assegurar sua regular liquidação, bem assim, certificar-se da qualificação de seus clientes, mediante a realização, entre outras, de avaliação cadastral e de capacidade financeira (itens III e IV da Resolução 1.620/89)); e

c) acolhimento de depósitos em espécie, em conta de domiciliados no exterior, iguais ou superiores a R\$10.000,00, graças ao emprego artificioso do procedimento facultado por autorizações especiais, descumprindo, assim, os arts. 8º e 9º da Circular 2.677/96 e os arts. 1º e 4º da Resolução 1.946/92.

Tais irregularidades sujeitam o Banco Banestado às penalidades previstas no art. 5º, § 1º, do Decreto 4.182/20 e no art. 44 da Lei 4.595/64, sujeitando-se o Sr. Aldo de Almeida Júnior apenas à decorrente desta última.

O esquema foi descrito pela autarquia da seguinte forma:

a) correntistas brasileiros de bancos com agências em Foz do Iguaçu recebem depósitos, em suas contas correntes, de valores elevados em reais, por meio de DOCS, cheques, ordens de pagamento e transferências eletrônicas, de diversas pessoas físicas e jurídicas provenientes de bancos situados em várias localidades do País;

b) tais correntistas (pessoas físicas) movimentam recursos incompatíveis com os dados de seus cadastros bancários. Solicitam saques diários em espécie à agência, que os autoriza junto à Tesouraria do Banco do Brasil, às vezes antecipando recursos que só estariam disponíveis após a compensação dos instrumentos de crédito. O saque é realizado por preposto do correntista, por meio de cheque emitido pelo titular. O numerário é entregue à transportadora de valores na presença do preposto;

c) os reais relativos aos pagamentos dos compradores brasileiros em Ciudad del Leste são trocados pelos comerciantes paraguaios por dólares nas agências de bancos sediados no Paraguai, que enviam, por intermédio das transportadoras de valores, os reais, em espécie, para depósito às suas contas de “domiciliados no exterior” nos bancos brasileiros em Foz do Iguaçu, para posterior conversão em dólares. Em dois dias de observação da passagem de carros-fortes pela Ponte da Amizade, verificou-se a travessia, do Paraguai para o Brasil, de nove e dez carros, respectivamente. Pode-se deduzir, portanto que o volume transportado chegaria, no máximo, a R\$10 milhões/dia, visto que as transportadoras de valores possuíam, à época, limite de R\$1 milhão por viagem, para cobertura de seguradoras, que, além desse montante, exigiam o uso de escolta de segurança;

d) são fortes as evidências de que os reais, sacados em espécie, das contas de correntistas brasileiros no Banco do Brasil/ Agência Foz do Iguaçu retornaram à tesouraria desse Banco como oriundos do comércio de Ciudad del Leste. No dia 23.7.1996, por exemplo, o volume em espécie depositado às contas de “domiciliados no exterior” atingiu R\$36,5 milhões, enquanto nove travessias de carros-fortes corresponderiam a volume não superior a R\$10 milhões (outros documentos indicariam o valor de R\$6,4 milhões). A tesouraria, ao receber o numerário, registra os depósitos (DDB- documento de depósito bancário) em nome dos Bancos nos quais as instituições paraguaias mantêm suas contas de “domiciliados no exterior”.

e) Ao final do dia, as diversas agências de bancos de Foz do Iguaçu, por questões de segurança, depositam numerário na tesouraria, porém em volume pouco expressivo;

f) O Banco do Brasil credita a conta “Reservas Bancárias” desse bancos, pelos valores recebidos em espécie;

g) A tesouraria efetua “Remessas de Alívio”, transportando, via aérea, para outras praças, o montante que excede às necessidades daquela praça. O valor dessas remessas é

outro indicativo do volume efetivamente captado pelo comércio da *Ciudad del Leste*. Os registros das fitas dos caixas da tesouraria indicam remessas de R\$5.560.000,00 e R\$11.120.000,00 (em dois lotes de R\$5.560.000,00) nas datas investigadas;

h) Os bancos domiciliados no exterior utilizam os reais creditados em suas contas de depósito para adquirir dólares nos Bancos depositários, para crédito no exterior. A partir de então, esses dólares são direcionados pelos Bancos estrangeiros conforme instruções de seus clientes.

Regularmente intimados da decisão, os indiciados apresentaram defesa administrativa em separado, tendo recebido a análise do Banco Central, em sua Decisão Decif/GTSPA-2003/208 (fls. 798-816), nos seguintes termos:

- em 26.04.1996, o Banco Central, por meio do DECAM/Gabin-96/41, autorizou o Banestado a acolher depósitos em espécie em valor superior a R\$10.000,00, provenientes do comércio de *Ciudad del Este*, no Paraguai, e também a englobar em uma única operação de depósito, de valor total superior a R\$10.000,00, cheques sacados contra bancos brasileiros, de valores inferiores a R\$10.000,00;
- de acordo com tal autorização, o Banestado deveria manter um dossiê das operações, consistindo, para os depósitos em espécie, em cópia da Declaração apresentada à Secretaria da receita Federal no posto de fronteira, referente ao porte de moeda nacional em espécie. Autorização semelhante foi dada ao Banestado relativamente à conta CC5 do Banco Integración;
- a Portaria MF 61, de 1º de fevereiro de 1994, deixa clara a importância da “Declaração de Porte de Valores em Espécie”, a qual deveria ser apresentada à Alfândega, na entrada ou saída de seu portador do território nacional, o que não ocorreu no caso em tela: não foi utilizado o modelo de documento aprovado pela citada Portaria para a declaração de valores; estas não foram apresentadas à alfândega, e também não foram apresentadas na entrada dos valores no País. As declarações acolhidas pelo Banestado, assinadas, respectivamente, em 22.7.1996 (R\$10.095.000,00), 23.7.1996 (R\$6.444.000,00) e 24.7.1996 (R\$6.725.000,00) apresentam carimbos da Delegacia da Receita Federal em Foz do Iguaçu, de 7.8.1996. Portanto, somente depois de transcorridas mais de duas semanas da suposta entrada de valores é que teria havido a conferência deles;
- assim, seria impossível afirmar que a moeda nacional era proveniente do comércio de *Ciudad del Este*. Conforme demonstram os registros do Sisbacen, as transferências internacionais em reais e as operações de câmbio relativas aos valores acima mencionados ocorreram em datas quando nem sequer havia suposta conferência da Receita Federal, no dia 7 de agosto. O acolhimento dos depósitos em espécie de valor superior a R\$10.000,00 era, nos termos da autorização, de exclusiva responsabilidade do Banestado, sendo evidente o seu descumprimento;
- portanto, não há que se transferir a culpa, pelo recebimento de valores, ao Banco do Brasil S/A, que, naquele momento, atuava como “caixa-forte”. Pode-se constatar, dos campos de preenchimento dos Documentos de Depósitos Bancários, que estes espelhavam apenas as importâncias recebidas em nome de uma determinada instituição financeira, no caso, o Banestado, sendo que a sua emissão, de forma alguma, implicava que os valores ali depositados atendiam aos requisitos estabelecidos nas autorizações dadas pelo Banco Central;

- anotações realizadas por servidores do Banco Central na Ponte da Amizade demonstram que entraram no País, oriundos de *Ciudad del Este*, R\$1.380.000,00, em 23.7.96, e R\$1.680.000,00, em 24.7.96. Considerando os valores depositados na conta do Banco del Paraná no mesmo período, conclui-se que o Banestado acolheu valores superiores a R\$10 mil em espécie, não amparados pelas autorizações Decam, sem a devida identificação, remetendo-os ao exterior, tendo assim causado danos às reservas cambiais nacionais;
- na agência do Banestado de Foz do Iguaçu, correntistas tiveram uma movimentação incompatível com os dados de seus cadastros bancários, realizando saques vultosos de valores em espécie nos meses de julho, setembro e outubro;
- analisando os extratos da conta CC5, do Banco del Paraná S/A, constantes dos autos, verifica-se que, em 20.9.96, dia em que saíram R\$5.500.000,00 da conta-corrente do Sr. João Ledesma, foi realizado um depósito de idêntico valor na conta CC5. Nesta data, foram recebidos pelo Banco del Paraná R\$7.883.300,00, como sendo provenientes de *Ciudad del Este*. Do extrato da conta CC5 nesse dia, pode-se observar que esse valor é resultado da soma dos R\$5.500.000,00 com um outro depósito, no valor de R\$2.383.300,00. É importante frisar que os documentos constantes dos autos são apenas uma amostra do que ocorreu em Foz do Iguaçu;
- o Decreto 4.182/20 continua eficaz, não tendo sido derogado. Os objetivos de seu art. 5º são de prevenir e coibir a prática de operações lesivas aos interesses nacionais, mediante fiscalização bancária, de forma a se garantir apenas as operações legítimas;
- considerando que o presente processo foi instaurado após a transferência do controle acionário do Banco Banestado S/A, ocorrida no âmbito do Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (Proes), em 17.10.2000, deve ser afastada a responsabilização do Banestado, impondo o arquivamento do processo para a instituição financeira;
- havendo violação às circulares e resoluções do CMN, deve o Banco Central aplicar as penalidades previstas no art. 44 da Lei n.º 4.595/64. No tocante ao Decreto 4.182/20, a penalidade a ser aplicada está prevista no próprio normativo, e não na Lei 4.595/64, como alega a defesa;
- no caso, a omissão é patente, visto que o indiciado até mesmo desconhecia, segundo a própria defesa, a existência das autorizações dadas pelo Banco Central ao Banestado; e
- na qualidade de Diretor de Câmbio, era seu dever conhecer com exatidão as transações cambiais questionadas e defender as reservas cambiais do País, o que não ocorreu. Sua intimação, portanto, deveu-se ao não-cumprimento das atribuições inerentes ao cargo que ocupava.

Diante do exposto, o Banco Central do Brasil decidiu:

b) aplicar ao Sr. Aldo de Almeida Júnior, com fulcro no art. 44, § 2º, da Lei n.º 4.595/64:

a.1. a pena de multa pecuniária no valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), pelo acolhimento de depósitos em espécie de contas de domiciliados no exterior, sem a devida identificação da origem dos valores, com infração aos arts. 8º e 9º da Circular 2.677/96 e arts. 1º e 4º da Resolução 1.946/92; e

a.2. a pena de multa pecuniária no valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), por inobservância às obrigações de natureza prudencial previstas na Resolução 1.620/89;

c) arquivar o processo em relação ao Banco Banestado S/A, em razão da transferência de seu controle acionário ocorrida no âmbito do Proes, recorrendo de ofício ao CRSFN.

Regularmente intimados, o Sr. Aldo Almeida Júnior interpôs recurso administrativo e ratificou os seus argumentos de defesa. Seguem, resumidamente, os seus argumentos:

- compete às transportadoras a obrigação de apresentar à alfândega a Declaração de Porte de Valores, conforme Resolução CMN n.º 2.524 e o MNI n.º 1.481;
- a repartição alfandegária, na Ponte da Amizade, sabendo-se credora dessa obrigação, não devia permitir a passagem dos carros fortes sem que fosse apresentada a declaração;
- não se pode desprezar a possibilidade de que a transportadora que relegou o seu dever de apresentar à alfândega o documento de porte de valores ter conduzido por meio da ponte, sem escolta, muito mais do que o valor limite abonável pela seguradora (R\$1 milhão), sendo bastante ponderável, em interpretação inversa, que o valor total depositado nas contas tenha se originado integralmente de Ciudad del Este, ou outras praças estrangeiras, mas o recorrente não pode ser cobrado por esse fato;
- diante das autorizações, cujas movimentações lhe são contemporâneas, passam a se apresentar como afirmação infracional de natureza nebulosa;
- o dolo ou a culpa são os únicos fundamentos hábeis, segundo os princípios da doutrina subjetiva, à configuração da responsabilidade do ora recorrente por eventuais infrações cometidas no curso da sua gestão e no âmbito da sua diretoria;
- no caso, descabe alusão à culpa, omissão, inércia ou negligência do ora recorrente, pois jamais deixou de cumprir com as normas inerentes à boa política dos negócios bancários e à segurança deles, notadamente referentes à área sobre a qual são cobrados os fatos constantes do presente processo;
- não se verificando a participação direta ou indireta do ora recorrente nos fatos apurados, não há que se falar em culpa. O recorrente expediu normas administrativas, determinou procedimentos e advertiu os responsáveis pelo controle das contas em apreço, cumprindo a sua atuação de acordo com o art. 153 da Lei n.º 6.404/76;
- o gerente geral, gerente de negócios, assistente gerencial ou encarregado, assume a natural responsabilidade pelo correto cadastramento e movimentação das contas correntes, inclusive de não residentes, a teor dos incs. I e II, do § 1º, do art. 3º, da resolução CMN n.º 2025/93;
- o diretor do banco toma conhecimento de eventuais irregularidades quando o administrador direto ou órgãos internos de fiscalização e auditoria noticiam-lhe o assunto; é a partir de então que o diretor seria responsável, caso não tomasse nenhuma atitude;
- o estatuto social do Banestado dispõe que cabe aos Vice-Presidentes de Controle e Finanças, de Operações e de Administração, o cumprimento das normas de abertura, manutenção e movimentação das contas de depósitos de

clientes e, ao Diretor de Operações, o cumprimento das normas de abertura, manutenção e movimentação das contas de depósitos de clientes;

- o departamento de auditoria do banco jamais noticiou ao recorrente informações sobre as irregularidades em tela, sendo induzido a erro perfeitamente escusável;

- o depoimento do Sr. Paulo Heleno de Arruda em inquérito instaurado pela Delegacia da polícia Federal em Foz do Iguaçu demonstra conluio entre as casas de câmbio, transportadora de valores, bancos e comerciantes paraguaios e a aduana brasileira e, até possivelmente, o Banco do Brasil, no tráfico irregular de valores do Paraguai para o Brasil e vice-versa, impossibilitando o Banestado de checar a exatidão de valores, documentos e origem;

- a Lei 4.131/62 derogou todos os demais textos e disposições pertinentes à matéria cambial, inclusive o Decreto 4.182/20;

- o art. 44 da Lei 4.595/64 é uma norma penal em branco e, para que seja aplicada, é necessária a violação a outro dispositivo legal ou regulamentar e que preveja a aplicação da sanção contida na norma penal em branco, o que não acontece no caso;

- seguiu-se o que determinava a autorização do Banco Central, mantendo-se os dossiês das operações;

- o recebimento dos reais oriundos de carros fortes para o depósito nas contas de domiciliados no exterior de outros bancos eram efetuados na tesouraria do Banco do Brasil, o qual emitia o documento de depósito bancário e depois enviava tais comprovantes ao Banestado, o qual sempre agiu de boa fé;

- o anexo 2 juntado com a defesa do Banestado atesta que a Receita Federal e o próprio Banco Central tinham ciência do procedimento do controle aduaneiro exercido na fronteira;

- resta claro que, na medida em que a autoridade aduaneira protocolou as declarações de porte de valores em espécie e aceitou a sua apresentação, não em seu posto de fronteira, mas sim na Delegacia da receita Federal em Foz do Iguaçu, não cabia ao Banestado, menos ainda ao ora recorrente, questionar o procedimento adotado por aquela autoridade;

- à época, não era possível esperar que os bancos deveriam verificar a compatibilidade de valores movimentados pelos seus correntistas e a renda por eles declarada;

- o sentido de “jogo sobre câmbio” trazido na intimação é diverso de seu significado legal, não se admitindo interpretação extensiva ou analógica;

- apenas com o advento do Decreto n.º 23.258/33 é que foi regulamentado o que seria considerado como operações de câmbio ilegítimas;

- e se havia um “esquema” para evadir divisas era um fato, mas a dedução de que o Banestado e o ora recorrente fizeram parte dele é uma dicção que, efetivamente, não se sustenta.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, em seu parecer, ponderou que os elementos da cofatorialidade estão presentes no caso do Banestado e, no caso do Sr. Aldo de Almeida Júnior, a materialidade e a autoria culposa estão configuradas nos autos, opinando-se pelo improvimento dos recursos.

O Banestado acostou aos autos documentos de maneira a comprovar o interesse direto do Banco Central do Brasil na sua privatização.

É o Relatório. São Paulo, 5 de dezembro de 2005. Silvânio Covas - Conselheiro Relator.

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

1. Adoto o relatório apresentado pelo ex-Conselheiro Silvânio Covas a fls. e o complemento com o relato dos fatos que lhe foram posteriores.
2. Após o “visto” do Conselheiro Revisor, foi juntada aos autos cópia da parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional com o “aprovo” da Procuradora-Geral Adjunta daquele órgão (Parecer PGFN/CAF/Nº 818/2006). O parecer foi suscitado por consulta formulada pelo Sr. Rodrigo Pirajá Wienskowski, um dos representantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) perante este Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. O suscitante aduziu, em suma :
 - a) Já há nestes autos manifestação do anterior representante da PGFN no sentido do improvimento da remessa oficial, com “respaldo em farta jurisprudência do CRSFN, que desde há muito decreta a extinção da punibilidade nas hipóteses de ‘transferência qualificada’ do controle acionário. Segundo o entendimento até agora vigente no CRSFN, ... a transferência do controle acionário da instituição financeira punida, acaso operada sob circunstâncias específicas, importaria na extinção da punibilidade com relação à pessoa jurídica adquirida, de forma a não onerar o novel acionista controlador;”
 - b) “As circunstâncias causadoras da extinção da punibilidade, nominadas de ‘cofatorialidade’ pelo CRSFN, a ensejar a aplicação da tese da ‘transferência qualificada’, reclamam cumulativamente : início do PA após a transferência do controle acionário; interesse direto do BACEN na transferência do controle, como protagonista da operação, com escopo de saneamento do Sistema Financeiro Nacional e manutenção de sua higidez; e inexistência de má-fé como eximente da obrigação.”
 - c) “Sustenta-se a razoabilidade do propugnado diante do interesse público na transação, do prejuízo a futuras transferências, da insegurança do futuro controlador e ainda da perda do caráter pedagógico da pena quando aplicada em PA instaurado após a mudança do controle acionário.”
 - d) Isso seria fazer política pública mas, no âmbito do Direito Administrativo, há vinculação ao princípio da legalidade estrita, “cujo arquétipo legal não contempla função política. Ao revés, limitam-se a seguir fielmente a disciplina legal previamente definida, sem qualquer caráter criativo, inventivo ou inovador no ordenamento jurídico pátrio.”
 - e) “É justamente sob a ótica da legalidade administrativa que suscito dissenso em relação ao entendimento em vigor e solicito a manifestação da Órgão Central da PGFN, posto não vislumbrar base legal à exclusão da punibilidade proposta até então pela Procuradoria.”
 - f) “Deve-se estabelecer, *a priori*, um distingo em relação às transferências de controle acionário e aquelas situações nas quais uma instituição é absorvida por outra, como nos casos de incorporação em que ocorre a extinção da pessoa jurídica incorporada.”
 - g) “Extinguindo-se a pessoa jurídica com a incorporação desta por outra empresa, extinta estaria a punibilidade, haja vista a impossibilidade de, no campo administrativo, apenar-se pessoa outra que não a infratora, tendo inteira aplicação, na hipótese, a regra do inciso XLV

do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que **‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado’.**”

3. Ao apreciar o que foi suscitado pelo Sr. Rodrigo Pirajá Wienskoski, o Coordenador-Geral Substituto, com a posterior aprovação da Procuradora-Geral Adjunta da PGFN, concordou com o suscitante sob o principal argumento de que “o princípio da reserva legal é bifronte : devem estar previamente previstos em lei tanto os atos infracionais como as causas que afastam a sua ilicitude ou conduzem à não-aplicação da sanção correspondente àquele que o pratica, não cabendo ao julgador, nessa matéria, qualquer discricionariedade.” Aduziu, ainda, que :

“A mais moderna doutrina tem admitido uma exceção – a única possível [ao princípio da reserva legal] – e, isto, apenas em matéria de exclusão da antijuridicidade, qual seja, a das chamadas causas supralais de exculpação do agente.” E as circunstâncias apontadas pela jurisprudência do CRSFN são “completamente alheias à descrição legal do ilícito administrativo (em direito penal : ao tipo)... Ademais, as chamadas causas supralais de exclusão da ilicitude do fato não têm sido aceitas pelo Supremo Tribunal Federal.”

4. Vieram a ser juntadas aos autos “razões complementares de defesa” pelo Recorrido de ofício, onde se aduz, em suma :

a) “O parecer da PGFN desconsiderou que o princípio da reserva legal somente pode ser examinado com observância dos princípios constitucionais e da razoabilidade.”

b) “...o Parecer da PGFN, dada máxima vênia, confunde os regimes, aplicando de forma rígida e automática alguns princípios, conceitos e conclusões baseados no Direito Penal sem examiná-los sob a ótica do regime de Direito administrativo a que deve ser submetida a atuação do CRSFN.”

c) “[O] princípio da legalidade, salutar em matéria penal, não pode ser transposto diretamente e sem adaptações ao regime do Processo Administrativo Sancionador, em que são aplicados também os princípios gerais da Administração Pública. Nesse esfera, o princípio da legalidade deve ser entendido de forma diferente,...[Esta] é a lição de Lúcia Valle Figueiredo, ao examinar a aplicação do princípio da legalidade no Direito Administrativo :

‘Todavia, o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre que encontrar arrimo expresso em norma específica que dispusesse exatamente para aquele caso concreto.

Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa e, eventualmente, faltante.’ ”

d) “Diante da autorizada observação acima, deve ser dada especial atenção ao princípio da razoabilidade, que no caso presente demonstra a falta de utilidade da aplicação de qualquer penalidade. A medida da razoabilidade leva em consideração o bom senso e a finalidade da lei, que deve culminar em ação administrativa cujo resultado passe pelo crivo da pessoa razoável. Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello :

‘Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga de competência exercida. Vale dizer : pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis --, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por

quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção almejada.’ ”

d) “..este E. CRSFN está adstrito ao disposto no inciso XII do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99, que, como um dos critérios de observância obrigatória nos processos administrativos, impõe à Administração Pública proceder à ‘interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.’ ”

e) f) Quanto ao mérito, repetiu, em essência, os argumentos expostos anteriormente na defesa.

É o complemento ao relatório. São Paulo, 1º de setembro de 2006 - Flávio Maia Fernandes dos Santos - Conselheiro Relator.

Despacho do Revisor:

Nada tenho a acrescentar ao relatório de i. Conselheiro Dr. Flávio Maia Fernandes dos Santos – Rio de Janeiro, 2 de setembro de 2006. Valdecyr Maciel Gomes – Conselheiro Revisor.

VOTO

1. Com relação ao recurso voluntário, nego-lhe provimento. Isso porque a autorização excepcional concedida pelo Banco Central do Brasil ao BANESTADO para, na agência de Foz do Iguaçu, acolher depósitos em espécie de valor superior a R\$ 10.000,00 em conta de não-residente (conta “CC5”) não afastava a necessidade de :

- a) se proceder à devida identificação da origem dos valores (arts. 8º e 9º da Circular BACEN 2.677/96 e arts. 1º e 4º da Resolução CMN 1.946/92, que obrigavam, além da identificação do cliente, a declaração da origem e do destino dos recursos); nem de
- b) se observar as obrigações de natureza prudencial (Resolução CMN 1.620/89:

“III - A autorização obtida pelas instituições financeiras para operar em câmbio implica a defesa intransigente das reservas cambiais do País, seja quanto à realização tempestiva das receitas provenientes de exportação e outros direitos, seja quanto à liceidade e exequibilidade das operações das quais decorram ou possam decorrer pagamentos ao exterior. Para isso, é dever dessas instituições revestir suas operações das necessárias cautelas, bem como mantê-las sob permanente acompanhamento, de forma a assegurar sua regular liquidação.

IV - Como consequência do disposto no item precedente, devem as instituições autorizadas a operar em câmbio certificar-se da qualificação de seus clientes compradores ou vendedores de divisas, usuários da prestação de serviço bancário internacional, para a realização das operações de câmbio às quais se proponham, mediante a realização, entre outras, das necessárias avaliações cadastrais, de desempenho, de procedimentos comerciais e capacidade financeira.”).

2. Como diretor responsável pela área de câmbio, o Recorrente voluntário agiu com negligência ao não efetuar os controles necessários a evitar infringência àquelas normas. Assim, voto pela manutenção do teor da decisão recorrida no sentido de aplicar ao Recorrente voluntário a pena de multa nos valores lá indicados (fls. 816).

3. Quanto ao recurso de ofício, também lhe nego provimento. A extensa argumentação contida no parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional com o “aprovo” da Procuradora-Geral Adjunta daquele órgão (Parecer PGFN/CAF/Nº 818/2006) não é suficiente, a meu ver, para alterar a longa jurisprudência pacificada no seio deste Conselho, no sentido de que não se apena a instituição financeira por infração anterior à transferência qualificada de seu controle. Essa qualificação se caracteriza por : “início do PA após

a transferência do controle acionário; interesse direto do BACEN na transferência do controle, como protagonista da operação, com escopo de saneamento do Sistema Financeiro Nacional e manutenção de sua higidez; e inexistência de má-fé como eximente da obrigação.”

4. O principal argumento aduzido naquele parecer reside na necessidade de se obedecer ao princípio da legalidade estrita, considerando-se que não há texto de lei expressamente nominando o que seja “transferência qualificada” e prevendo que ela excluiria ou extinguiria a punibilidade. No entanto, a meu ver assiste razão à Recorrida de ofício quando afirma que :

“[O] princípio da legalidade, salutar em matéria penal, não pode ser transposto diretamente e sem adaptações ao regime do Processo Administrativo Sancionador, em que são aplicados também os princípios gerais da Administração Pública. Nesse esfera, o princípio da legalidade deve ser entendido de forma diferente...[Esta] é a lição de Lúcia Valle Figueiredo, ao examinar a aplicação do princípio da legalidade no Direito Administrativo :

‘Todavia, o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre que encontrar arrimo expresso em norma específica que dispusesse exatamente para aquele caso concreto.

Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa e, eventualmente, faltante.’ ”

“Diante da autorizada observação acima, deve ser dada especial atenção ao princípio da razoabilidade, que no caso presente demonstra a falta de utilidade da aplicação de qualquer penalidade. A medida da razoabilidade leva em consideração o bom senso e a finalidade da lei, que deve culminar em ação administrativa cujo resultado passe pelo crivo da pessoa razoável. Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello :

‘Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga de competência exercida. Vale dizer : pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis --, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção almejada.’ ”

5. Note-se que os princípios de Direito Penal também não podem ser aplicados à hipótese de apenação da pessoa jurídica, já que, consabidamente, lá não há punição da pessoa jurídica. Assim, se fôssemos aplicar as regras de Direito Penal em sua inteireza no âmbito do Direito Administrativo, nunca haveria aplicação de pena a qualquer instituição financeira. Na verdade, na esfera do Direito Penal, há a automática desconsideração da pessoa jurídica, para atingir as pessoas físicas que a fazem agir. Veja-se, exemplificativamente o disposto na chamada Lei do Colarinho Branco (Lei 7.492/86) :

“Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).”

6. Sobre a circunstância de a penalidade não poder ultrapassar a pessoa do acusado, o Sr. Procurador da Fazenda Nacional aduziu que não seria aplicável ao caso em julgamento porque a personalidade jurídica a ser punida ainda existiria e seria independente. Afirmou que poderia ser até admitida que a pena fosse ultrapassar a pessoa da instituição financeira, desde que se adotasse a teoria da

desconsideração da personalidade jurídica *in bona partem*, conforme admitido por Nelson Eizirik. Mas, segundo o Procurador, mesmo assim, a desconsideração exigiria requisitos, como a fraude e a má-fé, que não ocorreram no caso concreto. Friso, porém, que o próprio doutrinador que se veio de mencionar não aponta a necessidade dos requisitos da fraude e da má-fé para haver a desconsideração da personalidade jurídica *in bona partem*:

“Vale notar, ademais, que vem sendo crescentemente aceita a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica *in bonam partem*; isto é, em benefício da sociedade. Cabe invocar a teoria do *disregard* no âmbito do direito administrativo sancionador, daí decorrendo que não cabe a aplicação de penalidades administrativas a instituição financeira ou a companhia aberta na hipótese de ilícitos cometidos *antes* da mudança de seu controle acionário, pois tal penalização resultaria injusta às pessoas físicas que estão a desempenhar a função de novos controladores.” (NELSON EIZIRIK, *Reforma das S.A. e do Mercado de Capitais*, Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p.177-178).

7. Também comungo do entendimento de que a nova posição da PGFN contraria os princípios da moralidade e da razoabilidade, como exposto pela Recorrida de ofício em seu memorial :

“Moralidade: o Poder Público, por meio do BACEN, participou diretamente do saneamento prévio da instituição leiloadada – incumbindo-lhe proceder à sua *due dilligence* e informar aos interessados todos os passivos efetivos e potenciais dessa instituição, que certamente teriam impacto nas respectivas análises (inclusive um possível reflexo a maior no valor dos lances de compra). Portanto, com base no princípio da moralidade, não poderia o Poder Público, em conhecendo fatos passíveis de posterior sanção, ter permitido o leilão sem antes alertar os possíveis adquirentes a respeito; e em não os conhecendo à época, não pode o Poder Público querer agora imputar aos adquirentes prejuízos decorrentes de sua omissão, ou do saneamento malfeito.

Razoabilidade: é desarrazoado que o Poder Público conduza a venda de determinada instituição, contando com a boa-fé e a colaboração do mercado, e depois venha a punir os adquirentes (através da aplicação de sanção à instituição) por supostas irregularidades anteriores à venda, de que não tinham e não poderiam ter conhecimento tais adquirentes, que delas não participaram. Como consagra a doutrina, a medida de razoabilidade leva em consideração o bom senso e a finalidade da lei, que deve culminar em ação administrativa cujo resultado passe pelo crivo de pessoa razoável.”

8. Por fim, gostaria de aduzir que o entendimento esposado pela PGFN em sua nova manifestação, pelo seu excessivo formalismo, chega até mesmo a ser contraditório consigo próprio. A sua linha de pensamento dá azo a que fique ao alvedrio do novo controlador o afastamento da punibilidade. Isso porque a PGFN afirma textualmente, citando pronunciamento de anterior integrante daquela Procuradoria, que:

“Deve-se estabelecer, *a priori*, um distingo em relação às transferências de controle acionário e aquelas situações nas quais uma instituição é absorvida por outra, como nos casos de incorporação em que ocorre a extinção da pessoa jurídica incorporada.

Extinguindo-se a pessoa jurídica com a incorporação desta por outra empresa, extinta estaria a punibilidade, haja vista a impossibilidade de, no campo administrativo, apenar-se pessoa outra que não a infratora, tendo inteira aplicação, na hipótese, a regra do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que ‘**nenhuma pena passará da pessoa do condenado**’.”

9. Assim, bastaria ao novo controlador, logo após a aquisição do controle, incorporar a sociedade adquirida para que a punibilidade fosse afastada, pois “extinguindo-se a pessoa jurídica com a incorporação

desta por outra empresa, extinta estaria a punibilidade.” É evidente que a decisão operacional, mercadológica ou tributária de se incorporar ou não a sociedade adquirida não pode ser tomada tendo em mente a extinção da punibilidade da pessoa jurídica.

10. No caso ora em julgamento, não se pode ontologicamente afirmar que o Banestado seja, em essência, a mesma pessoa após a alienação do controle. Embora as instalações e vários empregados sejam os mesmos, as diretrizes de atuação, o ânimo (no sentido etimológico de *alma*) são outros. O corpo pode ser o mesmo, mas a alma é outra. Não faz sentido punir-se esse outro ser.

11. Por todo o exposto, voto pela manutenção do teor da decisão recorrida no sentido de aplicar ao Recorrente voluntário a pena de multa nos valores lá indicados (fls. 816) e nego provimento à remessa oficial para manter o arquivamento do processo em relação à Recorrida de ofício.

É o voto. Belo Horizonte, 20 de setembro de 2006. Flávio Maia Fernandes dos Santos -
Conselheiro Relator.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, decidem os membros do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do voto do Conselheiro-Relator, negar provimento ao a) recurso voluntário interposto, mantida decisão do órgão de primeiro grau no sentido de aplicar a ALDO DE ALMEIDA JÚNIOR penas (2 - duas) de multa pecuniária no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), o que totaliza R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), bem assim ao b) recurso de ofício formulado, ratificando-se o arquivamento do processo em relação ao recorrido, BANCO BANESTADO S.A. Foram anotados os seguintes itens: 1) unanimidade no apelo facultativo; 2) declaração de voto vencido do Conselheiro Pedro Wilson Carrano Albuquerque na subida compulsória; 3) declaração de voto do Conselheiro Marcos Galileu Lorena Dutra e 4) defesa oral promovida pela advogada Dra. Marta Mítico Valente em nome da pessoa jurídica apelada.

Participaram do julgamento os seguintes Conselheiros: Drs. Edmundo de Paulo, Fábio Martins Faria, Flávio Maia Fernandes dos Santos, João Cox Neto, Marcos Galileu Lorena Dutra, Pedro Wilson Carrano Albuquerque, Rita Maria Scarponi e Valdecyr Maciel Gomes. Presentes o Dr. Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza, Procurador da Fazenda Nacional, e Marcos Martins de Souza, Secretário-Executivo do CRSFN.

Belo Horizonte, 20 de setembro de 2006.

PEDRO WILSON CARRANO ALBUQUERQUE
Presidente

FLÁVIO MAIA FERNANDES DOS SANTOS
RELATOR

RODRIGO PIRAJÁ WIENSKOSKI
Procurador da Fazenda Nacional

Ata publicada no DOU de 30.10.2006 - Seção 1 - Pags. 79 e 80

ANEXO B - Decisões do CRSFN (2003-2012) sobre transferência qualificada de controle acionário (TQCA).

Decisão Recorrida	CRSFN	Conclusão CRSFN	Instituição Financeira
Processo PT9800826597	Recurso 3.563 (221ª Sessão, em 29/01/03)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Inpacel Indústria de Papel Arapoti S/A
Processo PT9800889440	Recurso 3.655 (221ª Sessão, em 29/01/03)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco do Estado de Minas Gerais S/A – BEMGE
Processo PT0001017672	Recurso 4.248 (222ª Sessão, em 20/02/03)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco do Estado de Minas Gerais S/A – BEMGE
Processo PT9800900968	Recurso 3.994 (223ª Sessão, em 26/03/03)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa) –	Banco do Estado do Paraná S/A – BANESTADO
Processo PT9800818759	Recurso 3.622 (225ª Sessão, em 28/05/03)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (advertência)	Banco do Estado da Bahia S/A
Processo PT9800895191	Recurso 3.787 (226ª Sessão, em 25/06/03)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - absolvição por outro fundamento (mérito)	Banco Francês e Brasileiros S/A
Processo PT0001029303	Recurso 4.187 (227ª Sessão, em 30/07/03)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S/A
Processo PT9800902445	Recurso 3.907 (229ª Sessão, em 24/09/03)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa) –	Banco do Estado do Paraná S/A – BANESTADO
Processo PT9900978341	Recurso 3.930 (231ª Sessão, em 19/11/03)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco do Estado de Minas Gerais S/A – BEMGE

Processo PT9800893777	Recurso 3.788 (232ª Sessão, em 10/12/03)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Banco Francês e Brasileiros S/A
Processo 9900979315	Recurso 3.969 (235ª Sessão, em 24/03/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Usival Usinagem Valenciana Ltda
Processo PT9800903148	Recurso 4.009 (235ª Sessão, em 24/03/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Sudameris Arrendamento Mercantil S/A
Processo PT9700726589	Recurso 4.348 (235ª Sessão, em 24/03/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Banco Francês e Brasileiro S/A
Processo PT0001028164	Recurso 4.209 (236ª Sessão, em 28/04/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Banco do Estado do Paraná S/A – BANESTADO
Processo PT0001002050	Recurso 4.353 (236ª Sessão, em 28/04/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco Bandeirantes S/A
Processo PT0001011294	Recurso 4.337 (237ª Sessão, em 26/05/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Banco do Estado do Ceará S/A
Processo PT9900981435	Recurso 4.466 (237ª Sessão, em 26/05/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Bank of America Brasil (ex Banco Liberal S/A)
Processo PT0001029063	Recurso 4.575 (237ª Sessão, em 26/05/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Multistock S/A Corretora de Câmbio e Valores (sucessora da Merimpex S/A Corretora de Câmbios e valores)

Processo PT9900981433	Recurso 4.764 (237ª Sessão, em 26/05/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Bank of America Brasil (sucessora de Liberal Trading Comercio Exterior S/A)
Processo PT0101085303	Recurso 5.224 (237ª Sessão, em 26/05/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco BEMGE S/A (atual denominação de Banco do Estado de Minas Gerais S/A)
Processo PT0001026841	Recurso 4.654 (239ª Sessão, em 14/07/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (advertência)	Banco do Estado do Amazonas S/A
Processo PT0001026686	Recurso 4.255 (240ª Sessão, em 18/08/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - absolvição por outro fundamento (mérito)	Banco Santander (sucessor de Banco Bozano Simonsen S/A)
Processo PT0001056265	Recurso 4.527 (240ª Sessão, em 18/08/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Banco Mercantil de São Paulo S/A (ex-Banco Mercantil Finasa S/A)
Processo PT0001026697	Recurso 4.315 (240ª Sessão, em 18/08/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Banco Santander S/A (sucessor por incorporação de Bozano Simonsen S/A – DTVM)
Processo PT0001019626	Recurso 5.144 (240ª Sessão, em 18/08/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Banco do Estado do Paraná S/A - BANESTADO
Processo PT0001050568	Recurso 4.937 (241ª Sessão, em 15/09/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica –	BANESTADO Corretora de Valores Mobiliários S/A
Processo PT0001032843	Recurso 4.043 (244ª Sessão, em 14/12/04)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso – absolvição por outro fundamento (pessoa jurídica como vítima de seus administradores)	Banco Boavista Interatlântico S/A

Processo PT9900980481	Recurso 4.200 (244ª Sessão, em 14/12/04)	Apesar de suscitada, não há referência à tese da transferência qualificada de controle acionário - absolvição por outro fundamento (mérito)	Banco Santander S/A (ex-Bozano Simonsen S/A DTVM)
Processo PT0001029202	Recurso 4.341 (246ª Sessão, em 23/02/05)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso – absolvição por outro fundamento (mérito)	Banco de Crédito nacional S/A
Processo PT0001025543	Recurso 4.619 (246ª Sessão, em 23/02/05)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso – absolvição por outro fundamento (mérito)	Banco Liberal S/A (atual Bank of America S/A)
Processo PT0001023189	Recurso 4.689 (249ª Sessão, em 24/05/05)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Banco do Estado do Paraná S/A – BANESTADO
Processo PT9700740761	Recurso 4.465 (256ª Sessão, em 13/12/05)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - absolvição por outro fundamento (mérito)	Banco Bandeirantes S/A (atual Unicard Banco Múltiplo S/A)
Processo PT0101084395	Recurso 5.223 (265ª Sessão, em 20/09/06)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco do Estado do Paraná S/A - BANESTADO
Processo PT0001053835	Recurso 5.925 (270ª Sessão, em 01/03/07)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Brasil S/A (atual Banco Alvorada S/A)
Processo PT0101071131	Recurso 5.424 (285ª Sessão, em 12/06/08)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (advertência)	Bank of America Liberal S/A CCVM
Processo PT0101071248	Recurso 5.455 (285ª Sessão, em 12/06/08)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso – absolvição por outro fundamento (extinção da pessoa jurídica por incorporação)	Bank of America – Liberal S.A. (Banco Múltiplo)

Processo PT0001052858	Recurso 5.576 (287ª Sessão, em 29/07/08)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco Bandeirantes S/A (atual Unicard Banco Múltiplo S/A)
Processo PT0001060152	Recurso 8.302 (289ª Sessão, em 27/08/08)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso – absolvição por outro fundamento (pessoa jurídica como vítima de seus administradores)	Banco Santander S/A (sucessor do Banco Bozano Simonsen S/A)
Processo PT0001023142	Recurso 7.532 (290ª Sessão, em 29/09/08)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso – absolvição por outro fundamento (mérito)	Banco Santander S/A (sucessor do Banco Bozano Simonsen S/A)
Processo PT0001046358	Recurso 7.544 (290ª Sessão, em 29/09/08)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Banco Santander S/A (sucessor do Banco Bozano Simonsen S/A)
Processo PT0101066365	Recurso 7.546 (290ª Sessão, em 29/09/08)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso – absolvição por outro fundamento (mérito)	Banco Santander S.A. (sucessor do Banco Bozano, Simonsen S.A.) Banco Santander Meridional S.A. (sucessor do Banco Meridional S.A.) Santander BANESPA S.A. Arrendamento Mercantil (sucessora da Meridional Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil) Santander Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil (sucessora da Bozano, Simonsen Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil)
Processo PT0001036136	Recurso 9.251 (298ª Sessão, em 15/04/09)	Apesar de suscitada, não houve referência à tese da transferência qualificada de controle acionário - absolvição por outro fundamento	Banco Santander S.A. (sucessor do Banco Bozano, Simonsen S.A.)

		(mérito)	
Processo CVM RJ-2002-08479	Recurso 9.252 (300ª Sessão, em 21/05/09)	Apesar de suscitada, não há referência à tese da transferência qualificada de controle acionário - absolvição por outro fundamento (extinção da pessoa jurídica por incorporação)	Banco Santander S.A. (sucessor do Banco Bozano, Simonsen S.A.)
Processo PT0101097252	Recurso 6.198 (301ª Sessão, em 29/06/09)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco Boavista S/A (atual Banco Boavista Interatlântico S/A)
Processo CVM IA-2001-5	Recurso 6.197 (305ª Sessão, em 27/10/09)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	BANESPA S/A Corretora de Câmbio e Títulos BANESCOR
Processo PT 9800858288	Recurso 9.075 (306ª Sessão, em 16/11/09)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco Boavista Interatlântico S/A
Processo Pt 0301191819	Recurso 10.871 (306ª Sessão, em 16/11/09)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco do Estado do Paraná S/A - BANESTADO
Processo PT0001033754	Recurso 11.178 (312ª Sessão, em 29/04/10)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco Santander Meridional S/A (sucessor do Banco Meridional S/A)
Processo PT0201154158	Recurso 5.954 (315ª Sessão, em 23/06/10)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – configuração dos requisitos no caso - Absolvição da pessoa jurídica	Banco Comercial e de Investimentos Sudameris S/A (sucessor do Banco América do Sul S/A)
Processo CVM SP-2005-371	Recurso 10.853 (317ª Sessão, em 18/08/10)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso – absolvição por outro fundamento (mérito)	Ágora Sênior CTVM S/A (sucessora da Exata Corretora)
Processo CVM 15/02	Recurso 11.747 (331ª Sessão, em 20/09/11)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso – absolvição por outro fundamento (mérito)	Banco Real S/A (sucedido pelo Banco ABN AMRO Real S/A)
Processo PT 0001034076	Recurso 7.521 (335ª Sessão,	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário –	Banco Boavista S/A (atual Banco Boavista

	em 10/01/12)	não-configuração dos requisitos no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)	Interatlântico S/A)
PAS CVM 14/03	Recurso 11.472 (338ª Sessão, em 16/04/12)	Procedência da tese da transferência qualificada de controle acionário – não-configuração dos requisitos no caso – absolvição por outro fundamento (mérito)	Banco Bozano Simonsen S/A (atualmente Banco Santander S/A)

- Casos em quem suscitada a questão da TQCA - transferência qualificada de controle acionário (cofatorialidade), ao CRSFN, seja por recurso de ofício de decisão absolutória que teve esse fundamento, seja por recurso voluntário que tinha essa tese (pesquisa pelos termos “cofatorialidade”, “transferência qualificada” e “transferência qualificada de controle acionário” na base de decisões do site do CRSFN), no período de 2003-2012:

- 53 casos no total (Recursos 3.563, 3.655, 4.248, 3.994, 3.622, 3.787, 4.187, 3.907, 3.930, 3.788, 3.969, 4.009, 4.348, 4.209, 4.353, 4.337, 4.466, 4.575, 4.764, 5.224, 4.654, 4.255, 4.527, 4.315, 5.144, 4.937, 4.043, 4.200, 4.341, 4.619, 4.689, 4.465, 5.223, 5.925, 5.424, 5.455, 5.576, 8.302, 7.532, 7.544, 7.546, 9.251, 9.252, 6.198, 6.197, 9.075, 10.871, 11.178, 5.954, 10.853, 11.747, 7.521, 11.472)

- Somente em 03 casos (Recursos 4.200, 9.251 e 9.252), apesar de a questão da TQCA ter sido suscitada nos autos, não houve enfrentamento dela na decisão do CRSFN;

- Nos 50 casos restantes, houve enfrentamento e reconhecimento (ainda que por maioria do colegiado) da procedência da tese;

- Em 19 decisões, o CRSFN reconheceu a procedência da tese da TQCA e, tendo em contra o preenchimento dos seus requisitos, entendeu pela absolvição da pessoa jurídica (Recursos 3.563, 3.655, 4.248, 4.187, 3.930, 4.009, 4.353, 4.575, 5.224, 4.937, 5.223, 5.925, 5.576, 6.198, 6.197, 9.075, 10.871, 11.178, 5.954);

- Em 31 decisões, o CRSFN reconheceu a procedência da tese da TQCA, mas não reconheceu a ocorrência de seus requisitos no caso concreto;

- Dessas 31 decisões em que reconhecida a procedência da tese e o não-preenchimento dos seus requisitos, o CRSFN ainda assim entendeu pela absolvição da pessoa jurídica com base em outro fundamento em 13 casos (Recursos 3.787, 4.255, 4.043, 4.341, 4.619, 4.465, 5.455, 8.302, 7.532, 7.546, 10.853, 11.747, 11.472) e entendeu pela condenação da pessoa jurídica em 18 casos (Recursos 3.994, 3.622, 3.907, 3.788, 3.969, 4.348, 4.209, 4.337, 4.446, 4.764, 4.654, 4.527, 4.315, 5.144, 4.689, 5.424, 7.544, 7.521).

Intervenção do Banco Central e absolvição por TQCA

Operação	Data de publicação no DOU	Casos de Absolvição por TQCA
Transferência do controle acionário do Banco Boavista S/A para o Banco Interatlântico S/A	04/12/97	Recursos 6.198 e 9.075
Transferência do controle acionário do Banco Bandeirantes S/A para a Caixa Geral de Depósitos S/A	22/05/98	Recursos 4.353 e 5.576
Transferência do controle acionário do Banco América do Sul S/A para o grupo Sudameris	30/07/98	Recursos 4.009 e 5.954
Transferência do controle acionário do Banco do Estado de Minas Gerais S/A - BEMGE para o Banco Itaú S/A (leilão de privatização)	17/09/98	Recursos 3.655, 4.248, 3.930 e 5.224
Transferência do controle acionário do Banco Excel Econômico S/A para o Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S/A - BBVA	09/10/98	Recursos 4.187 e 5.925
Transferência do controle acionário do Banco Meridional S/A para o Banco Santander Central Hispano S/A	18/05/00	Recurso 11.178
Transferência do controle acionário do Banco do Estado do Paraná S/A – BANESTADO para o Banco Itaú S/A (leilão de privatização)	27/10/00	Recursos 4.937, 5.223 e 10.871
Transferência do Banco do Estado de São Paulo S/A – BANESPA para o Banco Santander Central Hispano S/A (leilão de privatização)	28/11/00	Recurso 6.197

- Dados obtidos a partir da leituras das respectivas decisões e de informações constantes do “website” do Banco Central na lista de Bancos Estaduais Privatizados (< <http://www.bcb.gov.br/lid/gedes/instituicoesPrivatizadas.pdf> >), e nas autorizações para transferência de controle constantes da lista Alterações Societárias ocorridas com Bancos do SFN – 1990-2000 (< <http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/e88-2000/anex1.asp?idpai=RELSFN19882000> >) e das Transferências de Controle Acionário dos anos de 1998 (< <http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r199812/Anexc.asp?idpai=REVSFN199812> >) e de 2001 (< <http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r200012/Anexe.asp?idpai=REVSFN200012> >). Por ausência informações dos respectivos acórdãos e de dados constantes de fontes franqueadas ao acesso público, não foi possível a identificação das operações de transferência de controle acionário relativamente aos Recursos 3.562 e 4.575.

ANEXO C - Acórdão proferido pelo CRSFN no julgamento do Recurso 5.455.

285ª Sessão

Processo BCB 0101071248

RECURSOS VOLUNTÁRIOS

RECORRENTES: ALDO FLORIS
 AMINADABE ANDRADE LUZ
 ANTÔNIO CARLOS BRAGA LEMGRUBER
 BANK OF AMERICA – BRASIL S.A. (BANCO MÚLTIPLO).
 JEAN BARDAWIL FILHO
 JOSÉ ALFREDO LAMY
 LAURO ALBERTO DE LUCA
 SALVADOR VAIRO

RECORRIDO: BANCO CENTRAL DO BRASIL

EMENTA: RECURSOS VOLUNTÁRIOS – EMPRÉSTIMOS DE AÇÕES MEDIANTE PAGAMENTO, AO FINAL DOS MÚTUOS, DE PERCENTUAL SOBRE O VALOR DOS PAPÉIS, A TÍTULO DE TAXA DE REMUNERAÇÃO, DECORRENTEMENTE DE INTERPOSTA VENDA A INVESTIDORES ESTRANGEIROS COM SUBSEQÜENTE RECOMPRA A PREÇOS AGIADOS – ARTIFICIOSA REDUÇÃO DOS LUCROS DESTINADOS À SOCIEDADE ORA RECORRENTE – CARACTERIZAÇÃO DE IRREGULARIDADE DE NATUREZA GRAVE – ABSOLVIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – ACOLHIMENTO, EM PARTE, DAS RAZÕES DE DEFESA FORMULADAS PELAS PESSOAS FÍSICAS.

PENALIDADE: Inabilitação temporária.

BASE LEGAL: Lei nº 4.595/64, art. 44, § 4º.

ACÓRDÃO/CRSFN 8379/08:

RELATÓRIO

1. Cuida-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão do Banco Central do Brasil (fls. 1311 a 1335) que condenou os recorrentes às seguintes penalidades:

- a) **MULTA** pecuniária no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao Bank of America – Brasil S.A. (Banco Múltiplo), sucessor, por incorporação do Bank of America – Liberal S.A., denominado, anteriormente como Banco Liberal S.A., com fulcro no § 2º do artigo 44 da Lei 4.595/64.
- b) **INABILITAÇÃO** para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência de instituições na área de fiscalização do Banco Central do Brasil, **por 3 (três) anos** aos Srs. (a) Aminadade Andrade Luz, (b) Salvador Vairo, (c) Aldo Floris, (d) Antônio Carlos Braga Lemgruber, (e) Jean Bardawil Filho, (f) Lauro Alberto de Luca e (g) José Alfredo Lamy, com fulcro no § 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64

2. Essas penalidades foram aplicadas em virtude de cometimento de infração grave na condução de operações do antigo Banco Liberal S.A., com a realização sistemática de prejuízos no período de junho/1998 a dezembro/1999, decorrentes de negociação de ações emitidas pelas empresas Enertel Energia e Telecomunicações Participações S.A., doravante Enertel, e Tegener participações S.A. (ex-Lib Participações S.A.), doravante Tegener.

3. Em 16/02/01, a Gerência Técnica do Rio de Janeiro do Banco Central formalizou proposta de instauração de processo administrativo contra o Bank of America – Liberal S.A. e seus administradores Aldo Floris, Aminadabe Andrade Luz, Antonio Carlos Braga Lemgruber, Jean Bardawil Filho, José Alfredo Lamy Lauro Alberto de Luca e Salvador Vairo em razão da constatação de irregularidades nas operações do Banco Liberal S.A.

4. A proposta de instauração do processo foi acompanhada de documentos juntados pelo Desup, que, juntos, somam mais de 6 (seis) volumes.

5. Em 02/10/01, a Procuradoria do Banco Central do Brasil apreciando a proposta feita pelo Desup opinou no sentido de instauração de processo administrativo apenas contra os administradores do Banco, caso não houvesse outras acusações contra o Banco Liberal S.A., pois entendeu que a instituição seria vítima das infrações e não agente delas.

6. Em 12/06/01, contudo, o Copad aprovou a instauração do processo administrativo inclusive contra a instituição financeira. Desta forma, os acusados foram: (a) Bank of America – Liberal S.A.; (b) Aldo Floris; (c) Aminabade Andrade Luz; (d) Antonio Carlos Braga Lemgruber; (e) Jean Bardawil Filho; (f) José Alfredo Lamy; (g) Lauro Alberto de Luca; e (h) Salvador Vairo.

A acusação

7. Segundo o Banco Central, o Banco Liberal tomou por empréstimo ações de emissão das empresas Enertel e Tegener, normalmente pelo prazo de 1 (um) ano, comprometendo-se a pagar, ao final dos respectivos contratos de mútuo, o equivalente a 0,5% (meio por cento) do valor das ações, a título de remuneração, tendo como base a cotação média da ação na data de encerramento. Caso o contrato fosse rescindido antecipadamente, a taxa seria calculada *pro rata temporis*.

8. Nestes contratos de mútuo:

- a) A Tegener figurava como proprietárias das ações da Enertel; e
- b) A Telenergia Administração e Participações Ltda, doravante Telenergia, e a Enertel figuravam como proprietárias das ações da Tegener.

9. O Banco Central apurou que as ações tomadas em empréstimo foram vendidas para investidores institucionais estrangeiros, titulares ou passageiros titulares de contas do Anexo IV (Essence Corporation, Liberal Banking e Liberal Fund), e para o fundo nacional Liberal Plus FMIA. Todas essas carteiras eram administradas pela Liberal S.A. CCVM, controlado pelo Banco Liberal.

10. Posteriormente, as ações foram recompradas pelo Banco Liberal dessas mesmas contrapartes, sempre por preços mais altos, e devolvidas aos mutuantes. Assim, o Banco Liberal, durante o período de 1998 e 1999, contabilizou prejuízo de R\$ 185.815.000,00 (cento e oitenta e cinco milhões e oitocentos e quinze mil reais), sendo R\$ 184.721.000,00 (cento e oitenta e quatro mil e setecentos e vinte e um mil reais) relativos ao diferencial entre os preços de venda e recompra das ações e R\$ 1.094.000,00 (um milhão e noventa e quatro mil reais) relativos às despesas incorridas com os empréstimos. Tais valores foram confirmados em razão das planilhas fornecidas pelo próprio Banco Liberal, relativas ao controle contábil interno das ações tomadas por empréstimo.

11. Ainda segundo o Banco Central, tais operações apresentaram as seguintes peculiaridades:
- a) Durante o período dos empréstimos (junho/1998 a dez/1999), as cotações das ações, para fins de ajuste ao preço de mercado do saldo da rubrica que registra as obrigações por empréstimo de ações (COSIF 4.9.5.88 – Credores por Empréstimo de Ações) sempre subiram;
 - b) O valor patrimonial das ações esteve sempre abaixo do valor pelo qual as mesmas foram negociadas;
 - c) Logo após a rescisão dos últimos contratos de empréstimos, a cotação dos papéis Enertel e Tegner caiu vertiginosamente, passando em 16/12/99, para R\$ 0,80 (oitenta centavos de reais) e R\$ 0,10 (dez centavos de reais) por ação, respectivamente;
 - d) Segundo relatórios das Bolsas de São Paulo e Rio de Janeiro, as ações apresentavam baixa liquidez;
 - e) Ainda segundo os relatórios, todos os negócios desses papéis, no período analisado, foram intermediados por uma única corretora, a Liberal S.A. CCVM; e
 - f) Existe uma coincidência de pessoas na figura de sócios, conselheiros, diretores e gestores das empresas envolvidas, quer sejam os mutuários, mutuantes, intermediários financeiros ou clientes de Anexo IV.
12. Os acusados foram intimados, entre 28/11/01 a 10/12/01 (fls. 990 a 1.029), a apresentar as suas razões de defesa.

Das defesas

13. Em 05/03/02, (a) Bank of America – Liberal S.A. (Banco Múltiplo), (b) Jean Bardawil Filho, (c) José Alfredo Lamy, (d) Salvador Vairo, e (e) Aminadabe Andrade Luz (e), apresentaram defesa em conjunto (fls. 1.049 a 1.076), alegando em síntese:
- a) Preliminarmente, que quanto ao Bank of America – Banco Liberal S.A. o Banco Central não apresentou qualquer irregularidade que a instituição teria infringido por força de seus atos. Reafirma a tese dos pareceres da Dejur anteriores à instauração do processo que afirmaram que o banco seria apenas uma vítima das ações dos administradores. Sustenta que o artigo 44 é uma regra de aplicação de pena e não traz em seu bojo qualquer norma material de conduta. Em nenhum momento da intimação é informada a disposição regulamentar que a instituição teria infringido, em contrariedade aos dispositivos que regulam o processo administrativo no Banco Central que determina a inserção, na intimação, do dispositivo legal ou regulamentar infringido, razão pela qual não havia prévia cominação legal da suposta infração.
 - b) Os administradores sustentam, em sede de preliminar, que o § 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64, no qual se funda a acusação, traz apenas autorização de aplicação de suspensão ou inabilitação em casos de infração grave, sem no entanto, especificar quais seriam classificadas como grave. Também sustentam a necessidade de prévia regulamentação de qualifique a conduta ora imputada como grave para fins de apenamento.
 - c) No mérito, o Bank of America – Banco Liberal S.A. sustenta ser impossível ter praticado contra si os atos visando seu prejuízo. Afirma ser correto o entendimento da Dejur anterior à instauração do processo, classificando a instituição como vítima dos fatos, pois suportou o prejuízo financeiro. Sustenta que eventual penalização seria uma dupla penalização.
 - d) No mérito, os administradores defendentes afirmam que foram incluídos no processo por insegurança do Banco Central. Ressaltam as divergências de entendimento entre o Desup e a Dejur quanto a especificação da conduta e as responsabilidades de cada diretor pela sua área. Os defendentes teriam sido incluídos no processo unicamente por terem algum cargo de direção nas empresas envolvidas nos fatos investigados. Alegam que está ausente a demonstração de envolvimento de cada um deles no presente processo. Alegam, ainda,

que não participaram das operações e que elas também não ocorreram no âmbito de suas diretorias.

14. Ainda em 05/03/02, (a) Aldo Floris e (b) Lauro Alberto de Luca apresentaram defesa conjunta (fls. 1.078 a 1.124) sustentando:

- a) Em sede de preliminar, a incompetência do Banco Central em fiscalizar negócios envolvendo a negociação de valores mobiliários, sendo da CVM – Comissão de Valores Mobiliários tal competência. Alegam que o prosseguimento do processo representa evidente extrapolação dos poderes, por parte do Banco Central.
- b) Como segundo ponto, destaco a conexão dos fatos apurados em outro processo administrativo instaurado pelo Banco Central (Pt 0101071131), razão pela qual há necessidade de unificação dos procedimentos, sob pena de ofensa ao princípio do *non bis in idem*.
- c) Ser inadmissível no ordenamento jurídico pátrio a imputação de irregularidades com base em disposições desprovidas da indispensável tipicidade, como é o caso do termo “falta grave” a que faz menção o § 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64, tido por infringido.
- d) No mais, que é inconcebível em sede disciplinar a responsabilização solidária dos administradores de instituição financeira.
- e) No mérito, que o Banco Central analisou toda a operação de forma parcial, o que leva a crer que tenha gerado prejuízo à instituição. Afirma que o Banco Central considerou apenas os custos de captação e reversão, desprezando, no entanto, os lucros auferidos com o investimentos dos valores que teriam alcançado, em determinado período, o montante de R\$ 330.000.000,00 (trezentos e trinta milhões de reais).
- f) Consultando “a evolução das receitas oriundas das aplicações interfinanceiras e com títulos e valores mobiliários auferidos pelo BANCO LIBERAL, entre os anos de 1997 a 1999, demonstra claramente substancial crescimento ocorrido no exercício de 1999, período em que se concentrou o maior volume de captações”.
- g) A correta apreciação da qualidade de gestão de uma empresa há de ser auferida a partir da análise global de seus resultados e não com o fundamento naqueles decorrentes de determinadas operações ou negócios.

15. Em 01/04/02, Antônio Carlos Braga Lemgruber apresentou sua defesa (fls. 1.131 a 1.171) sustentando:

- a) Em sede de preliminar, a inépcia da acusação, que não descreve, detalhadamente, as condutas praticadas pelo defendente. Sustenta ser tal forma de acusação contrária à Constituição, à legislação pátria e aos acordos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil, que exigem, em caso de acusação, o detalhamento das condutas imputadas aos acusados, bem como da especificação do dispositivo legal ou regulamentar violado.
- b) No mérito, que no mercado de capitais, seus participantes não podem prever os resultados de suas operações e, em nenhuma hipótese, poderia orientar operações de forma a atingir determinados resultados.
- c) Ainda, no mérito, que a Administração Pública deve observar os princípios da legalidade e da tipicidade, tendo o administrado, por lógica, o direito de conhecer previamente as condutas proibidas e suscetíveis de penalização. Desta forma, não há na intimação qualquer explicitação da norma legal ou regulamentar infringida.
- d) Ser inadmissível a aplicação de responsabilidade administrativa objetiva, sendo necessário, portanto, que a intimação descrevesse em detalhes as condutas nas quais o defendente teria participado. A sua inclusão no processo administrativo ocorreu apenas em razão de seu nome constar como diretor das empresas envolvidas nos contratos de mútuo celebrados.

- e) Que a acusação do Banco Central pelo simples fato de o Defendente ter assinado como representante de uma das empresas mutuante (Telenergia) não é o suficiente para comprovar sua responsabilidade além de que a conduta não causou prejuízos a terceiros.

A comunicação ao MPF, pareceres internos e diligências

16. Em 15/07/02, o MPF – Ministério Público Federal foi comunicado dos fatos apurados para as providências no âmbito daquela Procuradoria.

17. Em 06/12/02, o Bank of America Brasil S.A. comunicou nos autos a extinção, por incorporação, do Bank of America Liberal S.A., ato societário que foi aprovado, sem qualquer ressalva, pelo Banco Central.

18. Em 03/02/01, o Coped, analisando as defesas, solicitou a realização de diligências em razão dos argumentos apresentados pela defesa conjunta de Aldo Floris e Lauro Alberto de Luca no tocante ao suposto lucro global auferido pela instituição com a utilização do dinheiro recebido

19. Em 04/06/01, o Desup em resposta à diligência requisitada informou (fls. 1.303 a 1.304):

“Primeiramente, cabe-nos ressaltar que os montantes informados pelos defendentes no que tange a evolução de receitas, despesas e lucros do Banco Liberal no período de 1997 a 1999 conferem com as respectivos saldos registrados contabilmente pela instituição.

Outrossim, com relação à argumentação apresentada pelos defendentes de que o acréscimo no volume de receitas com aplicações, verificadas no decorrer dos exercícios de 1998 a 1999, possuía como fato motivador direto, o aumento do volume de recursos colocados à disposição do Banco Liberal, dentre os quais, aqueles provenientes das referidas operações com empréstimo de ações, consideramo-la perfeitamente aceitável e coerente, haja vista que um incremento nos níveis de aplicações e, por conseguinte, nas receitas por ela geradas, é o resultado naturalmente esperado, se tomarmos como base o crescimento dos níveis de captação de uma instituição bancária, fenômeno este inerente à própria essência das atividades por ela desenvolvidas e usualmente denominado pelo mercado como alavancagem financeira.

Na realidade, a irregularidade objeto do presente processo administrativo instaurado contra o Banco Liberal e administradores responsáveis, dentre eles os Srs. Aldo Floris e Lauro Alberto de Luca, não questiona, de forma alguma, os aspectos abordados no parágrafo anterior.

O ponto chave central que norteou a proposta de abertura de processo administrativo consiste no fato do Banco Liberal ter incorrido, de forma artificiosa, em despesas correntes da negociação de ações Tegener e Enertel objeto de empréstimo, tendo sido possível à instituição determinar o volume de despesas da espécie que lhe fosse mais conveniente, procedimento este viabilizado pela evidente manipulação do preço das referidas ações.

Tal manipulação fica perfeitamente configurada a partir das características bastante peculiares que envolveram os negócios realizados pelo Banco Liberal com essas ações, as quais encontram-se detalhadamente enunciadas no parecer Desup/GTRJA-2001/0088, de 16.2.2001, itens “a” a “f” (fls. 02/04).

Percebemos, portanto, que as alegações apresentadas pelos Srs. Aldo Floris e Lauro Alberto de Luca em defesa conjunta revelam-se absolutamente impertinentes, tendo sido utilizadas, no nosso entendimento, com o intuito deliberado de desviar-se do foco central da irregularidade objeto do presente processo administrativo, procurando, desta forma, ocultar a verdadeira intenção dos administradores do Banco Liberal ao realizarem operações em tela, que consistia na transferência de resultados obtidos pela instituição para investidores estrangeiros, titulares ou passageiros de contas do Anexo IV (com a consequente remessa desses recursos para o exterior sem a incidência de impostos) e para o fundo de investimento nacional Liberal Plus FMIA, todas essas carteiras administradas pelo Banco Liberal S.A. CCVM, instituição financeira controlada pelo Banco Liberal, ocorrendo assim uma redução dos lucros apurados pelo Banco e, portanto, da base de cálculo do imposto de renda”.

20. Em 16/02/03, o Copad aprovou a proposta de aplicação das seguintes penalidades: (a) multa pecuniária de R\$ 25.000,00 ao Bank of America – Brasil S.A. (Banco Múltiplo) e (b) inabilitação pelo prazo de 10 (dez) anos para os demais acusados, administradores do Banco Liberal.

21. Em 05/11/03, Diretor do Difis, Paulo Sérgio Cavalheiro, concordou, em parte, com o parecer do Copad. A divergência remanesceu com relação ao tempo da inabilitação que, dadas as circunstâncias do caso e observado o princípio da proporcionalidade da pena, deveria ser fixada em 3 (três) anos.

A decisão

22. Desta forma, em 05/11/03, foi proferida a Decisão/Difis 2003/090, ora recorrida, que rebateu os argumentos das defesas da seguinte forma:

- a) Com relação à preliminar de incompetência, argumentou que o Banco Central possui competência para instaurar procedimento administrativo, pois é função dele a fiscalização de empresas ou instituições financeiras que estejam atuando nos mercados financeiros e de capitais, ainda que de forma indireta, e verificar se estão operando de acordo com as normas vigentes. Sustenta que o parágrafo único do artigo 3º em conjunto com o artigo 8º, ambos da Lei 6.385/76, não exclui a competência do Banco Central para a apuração.
- b) Com relação à suposta ausência de indicação do dispositivo violado, afirma o Banco Central que o legislador não conseguiria prever todas as hipóteses de infração grave, razão pela qual deixou ao critério do Banco Central, responsável pela fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, conhecedor do mercado e capaz de sopesar as operações praticadas e seus reflexos, o enquadramento das operações. Basta, portanto, que a conduta do administrador deixe de atender aos preceitos que a boa administração lhe impõe.
- c) Ademais, vale frisar que a Resolução 1065 prevê que a omissão ou incorreção na capitulação legal ou regulamentar não invalida a intimação, desde que o relato do fato tipifique comportamento punível, como ocorreu na presente intimação.
- d) No que tange à apuração de responsabilidade, o estatuto do banco não atribui designação específica para os cargos na diretoria, com exceção do Diretor Presidente, cabendo a todos a administração da sociedade, não havendo como demarcar a área de competência de cada um.
- e) Sustenta que a Lei 4.595/64 admite punição não apenas por dolo, mas também por culpa caracterizada pela negligência. Assim, nem mesmo a insustentável alegação de que os administradores não tiveram a participação direta no ato de violação da lei seria suficiente para eximi-los de culpa, pois esta também se erige na deficiência da vigilância que tinham, individualmente, o dever legal de exercer.
- f) Ressaltou que os prejuízos decorrentes das operações irregulares, no montante de R\$ 185.815.000,00 (cento e oitenta e cinco milhões e oitocentos e quinze mil reais), não só foi maior que o patrimônio líquido ajustado do banco, em dezembro de 1999, como suplantou sua variação no período (a evolução do PLA no período foi de R\$79.236.116,80 – setenta e nove milhões, duzentos e trinta e seis mil e cento e dezesseis reais e oitenta centavos).
- g) Afirmou que ao “realizar as referidas operações, o banco incorreu, de forma artificiosa, em despesas decorrentes da negociação das ações objetos dos contratos de mutuo, tendo sido possível à instituição determinar o volume de despesas da espécie que lhe fosse mais conveniente, procedimento este viabilizado pela evidente manipulação de preço daquelas ações e, assim, transferiu os resultados obtidos para os investidores estrangeiros, titulares ou passageiros de contas de Anexo IV (com a consequente remessa desses recursos para o exterior sem a incidência de impostos) e para o fundo de investimento nacional Liberal Plus FMIA, todas essas carteiras administradas pela Liberal S.A. CCVM, instituição financeira controlada pelo Banco Liberal, ocorrendo, assim, redução dos lucros apurados pelo Banco e, portanto, da base de cálculo do imposto de renda”.
- h) Conclui-se que o Banco Liberal S.A. negociou ações, fruto de contrato de mútuo, de empresas pertencentes aos próprios administradores ora indiciados. Após vender as ações

para sociedades estrangeiras clientes de Anexo IV, geridas pelos mesmos administradores do banco, então diretores da Liberal CCVM, sua coligada, os preços destes títulos foram artificialmente majorados no mercado de bolsa de valores, até que o banco recomprasse-os de maneira a repassar lucros fictícios aos investidores estrangeiros. Houve, portanto, infração grave na condução dos interesses da instituição financeira.

- i) Afastando a questão da alegação do *bis in idem*, o Banco Central afirma que o processo Pt 0101071131 foi instaurado contra a Liberal CCVM e seus administradores em função de sua atuação como diretores da corretora, em período distinto. Sustenta a autarquia que os dois processos não têm as mesmas partes no pólo passivo, apesar de alguns diretores da corretora também terem sido indiciados pelas irregularidades cometidas pelo banco. Assim, embora as infrações nos dois processos estejam descritas de forma idêntica, foram cometidas em épocas diferentes e por agentes diferentes.

23. Todos os apenados foram intimados da decisão do Banco Central no período de 01/12/03 a 26/02/04 (fls. 1.338 a 1.369).

Os recursos

24. Em 22/03/04, Antônio Carlos Braga Lemgruber apresentou seu Recurso Voluntário (fls. 1.436 a 1.551), afirmando:

- a) A nulidade do processo por inépcia da intimação. Sustenta a falta de descrição na intimação das condutas que o Recorrente teria participado nos atos tidos como violadores.
- b) A nulidade do processo por violação do princípio da indivisibilidade da ação e do princípio do *non bis in idem*, em face de existência do Pt 0101071131. Sustenta que apesar do outro processo ter sido instaurado contra a Liberal CCVM, quatro pessoas físicas respondem aos dois processos pelos mesmos fatos.
- c) A nulidade da decisão por impossibilidade de aplicação exclusivamente com base no artigo 44, § 4º da Lei 4.595/64, em franca violação ao princípio da legalidade e tipicidade.
- d) Ausência de comprovação da materialidade da conduta, vez que os prejuízos foram considerados como custo de captação, conforme nota do Desup.
- e) Ausência da responsabilidade subjetiva do Recorrente. Alega que a decisão, simplesmente condenou todos os indiciados, mesmo em franca oposição aos pareceres da Dejur, anteriores à instauração do procedimento que pedia que fossem especificados os motivos pelos quais cada um dos administradores seria incluído no procedimento.

25. Em 22/03/04, Bank of America – Brasil S.A. (Banco Múltiplo), na qualidade de incorporador do Bank of América – Liberal S.A. (Banco Múltiplo), antiga de denominação do Banco Liberal S.A. apresentou seu Recurso Voluntário (fls. 1.552 a 1.590), sustentando:

- a) A nulidade do processo administrativo face da ausência, na intimação e na decisão, do tipo supostamente praticado pelo Recorrente. Tal conduta da autarquia violaria o princípio da legalidade objetiva.
- b) A aplicação da teoria da transferência qualificada tendo em vista que a transferência do controle acionário, com posterior incorporação das empresas Liberal pelo BofA contribuiu para o saneamento do Sistema Financeiro Nacional.
- c) Conforme decisão, a questão da manipulação de preços das ações pela qual o Recorrente foi condenado é matéria adstrita à competência de fiscalização da CVM e não do Banco Central. Sendo que já foi instaurado processo naquela autarquia para a verificação de criação de condições artificiais de demanda.
- d) Em sede de mérito, sustenta que as operações foram todas elas celebradas conforme a legislação aplicável, não sendo nada proibido ou vedado.
- e) A venda e recompra das ações foram feitas no mercado de bolsa, obedecendo todas as regras inerentes ao assunto, não sendo possível ao Banco Central questionar a validade dessas operações.

- f) O Banco Liberal não elevou os preços dos ativos, mas sim, a expectativa do mercado face ao programa nacional de desestatização que estava em andamento.
- g) Com relação à alegada transferência de dinheiro para o exterior, nota o Recorrente que fundos nacionais também participaram da operação, não sendo possível que houve intenção de remeter ilegalmente lucros para o exterior.

26. Em 24/03/04, (a) Jean Bardawil Filho, (b) Salvador Vairo, (c) Aminadabe Andrade Luz, e (d) José Alfredo Lamy apresentaram Recurso Voluntário em conjunto (fls. 1.684 a 1.719), sustentando:

- a) Violação ao princípio da legalidade. Sustentam não ser possível a aplicação de qualquer penalidade apenas com base no § 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64, devendo ser necessário apontar a violação a uma norma que descreva uma conduta típica.
- b) Nulidade da decisão em face da ausência de motivação por parte da autarquia. Exigem os Recorrentes que a decisão contivesse, no mínimo, as razões pelas quais eles foram condenados, bem como com base em quais normas as operações foram consideradas também ilegais.
- c) A estrutura do Grupo Liberal possuía divisão de atribuições de cada administrador, conforme ocorre em qualquer instituição financeira, apesar de tais fatos não estarem refletidos nos estatutos das empresas do Grupo. Afirmam que todos os Recorrentes eram diretores-empregados. Afirmam, sem especificar os nomes, que todas as grandes operações eram tomadas pelos três diretores, que também eram detentores da integralidade do capital social do Banco Liberal, sendo que eles possuíam assento na mesa de operações.
- d) Com o argumento anterior, emendam a necessidade de comprovação da responsabilidade subjetiva de cada um dos diretores, não sendo possível a aplicação de responsabilidade objetiva no processo administrativo sancionador.
- e) Ofensa ao princípio da proporcionalidade da pena, pois sustentam que mesmo que fossem irregulares as operações, não teve o condão de abalar a higidez do Sistema Financeiro Nacional.
- f) Necessária conexão dos autos ao processo Pt 0101071131.

27. Segundo a folha de sumário que abre o volume 09 destes autos, no dia 22/03/04, (a) Aldo Floris e (b) Lauro Alberto de Luca apresentaram Recurso Voluntário em conjunto (estariam às fls. 1.375 a 1.435). No entanto, consultando todos os volumes do presente processo, tais folhas foram extraviadas. Apesar de tal constatação, o novo patrono dos recorrentes, às fls. 1.832 a 1.895, protocolou cópia do Recurso, em tese, apresentado à época. Essa peça, em síntese, aduz:

- a) A incompetência do Banco Central em julgar os fatos apontados na intimação, vez que desde a edição da Lei 6.385/76 infrações no mercado de capitais seriam objeto de julgamento da CVM.
- b) Infringência aos princípios da proporcionalidade e da eficiência, resultando na ofensa ao princípio do *non bis in idem*.
- c) Ausência de comprovação quanto à materialidade e a autoria das supostas irregularidades, sendo impossível a admissão de responsabilidade objetiva. Frisa o parecer do Desup que afirmou ser possível caracterizar os “prejuízos” como susto de captação.

Parecer da PGFN

28. Os autos foram remetidos à este Conselho, que na forma regimental foram encaminhados à D. PGFN. Em 13/10/04, a PGFN, na figura do Dr. Glênio Sabbad Guedes, opinou pelo improvimento dos Recursos Voluntários.

29. Em sessão pública, foram sorteados como relator e revisor, respectivamente, os eminentes Conselheiros Valdecyr Maciel Gomes e Bolivar Tarragó Moura Neto.

30. Em 02/05/05, os Recorrentes Jean Bardawil Filho, Salvador Vairo, Aminadabe Andrade Luz e José Alfredo Lamy apresentaram petição dirigida à PGFN requerendo a unificação deste Recurso com o Recurso 5424 em razão da conexão e das penas distintas aplicadas em razão da separação dos procedimentos.

31. Houve ainda, a apresentação de memoriais (fls. 1.747 a 1.771) por parte dos Recorrentes Aldo Floris e Lauro Alberto de Luca.

Retificação do parecer da PGFN

32. Em 20/05/05, os autos foram devolvidos à PGFN, atendendo ao pedido do Procurador Glênio Sabbad Guedes.

33. Em 08/06/05, houve novo parecer da PGFN. Este parecer afastou a preliminar de inépcia da intimação e do *bis in idem*. Na última preliminar, a de incompetência do Banco Central, sustenta que no tocante à manipulação de preços das ações a matéria é de competência da CVM e não deve ser enfrentada pelo Conselho. Com relação à alegação de prejuízos gerados contra a instituição, a matéria pertence ao âmbito de fiscalização do Banco Central e deve ser a matéria enfrentada pelo Conselho.

34. No mérito, o parecer opina pelo conhecimento da alegação de transferência qualificada da instituição financeira, razão pela qual deve ser arquivado o processo contra ela.

35. No tocante aos demais Recorrentes, afirma a PGFN que consoante intimação, apura-se a ocorrência de prejuízos contra a instituição financeira. No entanto, o próprio Desup (em atendimento ao pedido de diligência do Coped) manifestou-se no sentido de que não houve prejuízo global para a instituição financeira. Desta forma, considerando que a única imputação é a de realização de prejuízo para a instituição, chega-se à conclusão lógica de que não há infração cometida, pois ausente o núcleo da acusação.

36. Ressaltou que a questão de manipulação de preços sustentada pelo Desup não é matéria afeita à fiscalização do Banco Central, mas sim da CVM. Diante disso, a PGFN, reformulando o parecer anterior, opinou pelo provimento aos recursos voluntários.

Nova análise dos autos pela PGFN

37. Em 07/07/05, os Recorrentes Aldo Floris e Lauro Alberto de Luca realizaram pedido de nova análise pelo novo Procurador, Rodrigo Pirajá Wienkoski. Este, em 08/08/06 manifestou-se no sentido de que a matéria discutida neste recurso guarda identidade com o recurso 5424, opinando, portanto, pela redistribuição dos autos ao Dr. Sérgio Augusto G. Pereira de Souza, em face de sua prevenção.

38. Desta forma, em 25/08/06, ratificando o parecer do Dr. Glênio, o Dr. Sérgio opinou pelo provimento integral aos recursos voluntários de forma a arquivar o presente processo administrativo em face da ausência de materialidade da infração, ressaltando a sugestão de que os autos fossem distribuídos ao mesmo relator e revisor do recurso 5424.

39. O parecer afasta a alegação de defeito de capitulação, afirmando que a capitulação feita na intimação está em consonância com os entendimentos já consagrados pelo CRSFN. Sustenta que conforme

enquanto no Direito Penal vigora o princípio da tipicidade cerrada, no Direito Administrativo vigora o princípio da tipicidade elástica.

40. Afirma que mesmo que houvesse uma lacuna na Lei. 4.595/64, existe o Decreto Lei 448/69 que teria o condão de preencher tal lacuna à medida que definiu como falta grave a descumprimento de normas legais ou regulamentares que contribuam para gerar indisciplina ou para afetar a normalidade do mercado financeiro e de capitais.

41. Sustenta, conforme parecer do Desup acostado à fls. 1.304, que a autoridade autárquica visa a punir a questão da evasão fiscal, matéria esta adstrita à Fazenda Nacional e ao Conselho de Contribuintes. Salientou que tais condutas já foram analisadas por aquele colegiado e ficou constatada a irregularidade.

42. Aduz que a questão da manipulação de mercado e eventual prejuízo contábil da instituição é matéria deste Conselho, devendo, se comprovada a ilicitude ser punidas por tal órgão.

43. Suscita que a questão da manipulação de mercado consubstanciou-se na tentativa de evasão fiscal e tal conduta incidiu na criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço, tal conduta é punível apenas na esfera da CVM. Tanto assim, que relativamente a uma parcela das operações deste processo, a CVM instaurou processo administrativo (16/01) do qual resultou decisão absolutória, que levou ao recurso de ofício 9428, objeto de parecer do mesmo procurador, ora relatado.

44. Sustenta que mesmo assim, tal conduta seria punível, pois apesar de ser um “planejamento tributário” com utilização de manipulação de mercado, tal conduta resulta numa indisciplina de mercado. No entanto, a materialidade da infração configurar-se-ia com o efetivo prejuízo contábil das operações em tela, com realização sistemática de prejuízo.

45. Alega que os autos não trazem qualquer prova cabal do suposto prejuízo, mas sim, o contrário, conforme o já citado parecer do Desup. Afirma que a ele quando instado a se manifestar, cabia demonstrar a realização de prejuízos sistemáticos, o que não fez.

46. Após discussão preliminar na sessão de outubro de 2007, este Conselho decidiu pela manutenção de relatores distintos aos Recursos 5424 e este, no entanto, pelo julgamento conjunto.

É o relatório. São Paulo, 08 de maio de 2008. **Marco Antônio Martins de Araújo Filho** - Conselheiro Relator.

Despacho do Revisor:

Nada a acrescentar ao relatório do Dr. Marco Antônio Araújo. Em devolução à SE/CRSFN. Brasília, 11 de junho de 2008. Daniel Augusto Borges da Costa - Conselheiro-Revisor.

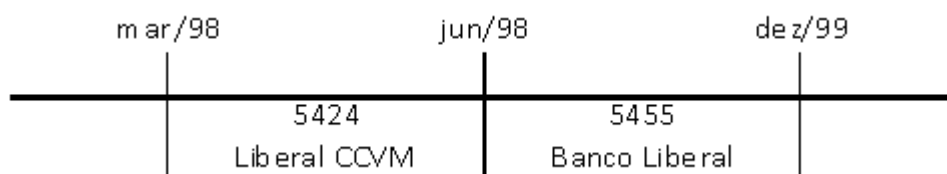
VOTO

1. Os recursos voluntários são tempestivos e neles estão presentes todos os requisitos e condições recursais, razão pela qual devem ser conhecidos e apreciados.

PRELIMINAR DE CONEXÃO COM O PROCESSO 5424

2. Em face do argumento de conexão com o Recurso 5424 suscitado pelas partes e pela PGFN, há de se salientar que não é possível reconhecê-la, pois o presente Recurso trata de operações realizadas em nome do Banco Liberal, enquanto aquele trata de operações concretizadas pela Liberal CCVM.

3. Além desse aspecto, vale frisar que os períodos envolvidos são outros. Enquanto a Liberal CCVM fez as mencionadas transações no período de mar/98 a jun/98, o Banco Liberal fez suas transações entre jun/98 a dez/99. Para melhor análise e compreensão, insiro uma linha temporal relativa às infrações, sociedades envolvidas e o período das supostas irregularidades apontadas.



4. Por mais que haja identidade de acusados com relação aos administradores, isto não obsta que a autarquia decida por separar os procedimentos, vez que não se trata das mesmas operações, mas de operações assemelhadas feitas por intermédio de pessoas jurídicas distintas e em períodos distintos, razão pela qual podem os processos permanecer separados.

5. Apenas para maior celeridade na decisão e melhor compreensão dos fatos, este Conselho deliberou por pautá-los para julgamento na mesma sessão, embora nada impeça que ambos os recursos tenham decisões diversas. Desta forma, afasto a preliminar de conexão dos processos.

Preliminar de incompetência do Banco Central

6. A Lei 4.595/64 estabeleceu em seus artigos 10, 11 e 18, parágrafo 2º, a competência e o dever de o Banco Central fiscalizar as instituições financeiras, aplicar as penalidades previstas na legislação, exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que identificar atuando nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que elas utilizem.

7. Além disso, a instituição financeira que atua no mercado de capitais está sujeita à fiscalização e ao monitoramento concomitante de ao menos, dois órgãos reguladores, quais sejam, Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários.

8. Neste processo, a suposta violação refere-se à inobservância de normas do mercado financeiro, matéria que está adstrita à competência do Banco Central. Se para as ditas irregularidades houve concorrência de condutas sujeitas à fiscalização de outros órgãos, tal questão não afasta, de imediato, a competência do Banco Central para apurar a irregularidade ora apontada, possuindo a autarquia, portanto, a competência para a fiscalização da matéria tratada nestes autos.

9. A imputação inicialmente feita pela Autarquia de cometimento de falta grave na condução dos interesses da instituição financeira com a realização sistemática de prejuízos teve como pano de fundo a resposta do Desup à diligência formulada pelo Coped, da qual cito o seguinte trecho:

“o ponto chave central que norteou a proposta de abertura de processo administrativo consiste no fato de o Banco Liberal ter incorrido, de forma artificiosa, em despesas correntes da negociação de ações Tegener e Enertel objeto de empréstimo, tendo sido possível à instituição determinar o volume de despesas da espécie que lhe fosse mais conveniente, procedimento este viabilizado pela evidente manipulação do preço das referidas ações”

10. Percebe-se que o Banco Central não julgou a manipulação de preços de valores mobiliários ou a manutenção de condições artificiais de demanda no mercado de capitais, sendo esta matéria de competência da CVM, como bem demonstra a instauração de processo administrativo por aquela Autarquia quanto a tais imputações^{203[1]}, apenas utilizou tais argumentos como justificativa.

11. Diante do exposto, afasto a preliminar de incompetência do Banco Central, uma vez que a decisão pautou-se na análise de matérias que estão sob a competência de fiscalização e de punição da Autarquia.

Preliminar de nulidade da intimação e da decisão por ausência de tipificação quanto aos administradores

12. Com relação à alegada falta de apontamento das normas violadas, friso que a norma tida por infringida (§ 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64^{204[2]}) constou nas intimações (fls. 990 a 1.029), embora os recorrentes com ela não concordem, argumentando que tal dispositivo seria inaplicável isoladamente para fins de aplicação de sanção administrativa.

13. Ainda que a norma violada estivesse ausente da intimação e apesar de contrária a melhor técnica, a acusação não será nula se não informar o dispositivo legal ou normativo infringido, bastando relatar os fatos da suposta infração. Tal afirmação é corroborada com precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, no processo penal, ao qual me socorro de forma subsidiária, a denúncia deve conter os fatos e não a exata

^{203[1]} Inquérito Administrativo CVM nº 16/01

^{204[2]} **Art. 44** - As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

(...)

II - Multa pecuniária variável.

(...)

IV - Inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras.

(...)

§ 2º As multas serão aplicadas até 200 (duzentas) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, sempre que as instituições financeiras, por negligência ou dolo:

a) advertidas por irregularidades que tenham sido praticadas, deixarem de saná-las no prazo que lhes for assinalado pelo Banco Central da República do Brasil;

b) infringirem as disposições desta lei relativas ao capital, fundos de reserva, encaixe, recolhimentos compulsórios, taxa de fiscalização, serviços e operações, não atendimento ao disposto nos arts. 27 e 33, inclusive as vedadas nos arts. 34 (incisos II a V), 35 a 40 desta lei, e abusos de concorrência (art. 18, § 2º);

c) opuserem embaraço à fiscalização do Banco Central da República do Brasil.

(...)

§ 4º As penas referidas nos incisos III e IV, deste artigo, serão aplicadas quando forem verificadas infrações graves na condução dos interesses da instituição financeira ou quando da reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

capitulação, pois é dos fatos que se defende o acusado e não da sua capitulação. Permito-me citar alguns precedentes de tal órgão

“2. A existência de erro na tipificação da conduta pelo órgão ministerial não torna inepta a denúncia, pois o acusado se defende do fato delituoso narrado na exordial acusatória e, não, da capitulação legal dela constante.

3. Não há falar, assim, em inépcia da peça acusatória que não obstrui o exercício da ampla defesa, porque descreve precisamente os fatos criminosos, com suas circunstâncias, e qualifica os acusados, em consonância com o disposto no art. 41, do Código de Processo Penal”.

Rel. Min. Laurita Vaz – HC 68959 / SC – fev/08

“Independentemente da definição jurídica que se dê ao crime em tese - estelionato ou furto qualificado por fraude -, os fatos descritos na inicial é que definem a imputação e vinculam o Juízo, sendo indiferente a tipificação trazida pelo autor da ação penal. Não há falar, assim, em inépcia da peça acusatória.”

Rel. Min. Laurita Vaz – HC 62925 / PA – out/07.

14. Corroborar tal afirmação a previsão do item 2, Seção 4, Capítulo 3, Título 5³ do MNI – Manual de Normas e Instruções do Banco Central – (Anexo à Resolução 1065), dispondo que omissão ou incorreção, na capitulação legal ou regulamentar não invalida a intimação, desde que o relato tipifique comportamento punível.

15. No que tange à descrição dos fatos, é possível constatar que as intimações (fls. 990 a 1.029) contêm os fatos considerados irregulares pela fiscalização. O Desup também teve o cuidado de juntar mais de 6 (seis) volumes de documentação, como os contratos de empréstimos e extratos de negociação de ações que sustentaram a acusação.

16. Os Recorrentes alegam, ainda, que o § 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64 não permitiria a sua aplicação isolada, sem a conjugação expressa com um outro dispositivo legal que caracterizasse a conduta punível como grave. Aqui não posso deixar de registrar que melhor seria se o legislador tivesse seguido a técnica utilizada na Lei 6.385/76, na qual se previu que o regulador (CVM) deve indicar prévia e expressamente em seus normativos quais seriam as condutas consideradas como infrações graves.

17. Entretanto, no que diz respeito ao § 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64, tenho uma interpretação divergente à dos Recorrentes. Entendo que o legislador conferiu ao Banco Central do Brasil certo grau de flexibilidade para estabelecer quais ações ou omissões na condução dos interesses da instituição financeira devem ou não ser consideradas graves, devendo a Autarquia, obviamente para tanto, trazer uma sólida fundamentação.

18. Realizando a leitura §4º o artigo 44 da Lei 4.595/64, conclui-se, facilmente, que o bem jurídico a ser protegido é a condução prudente e diligente dos interesses da instituição financeira, em suma, a boa gestão. Cabe dizer que esta proteção legal à instituição financeira busca assegurar a estabilidade de uma das peças que formam a teia protetora que a Lei 4.595/64 visa construir sobre o sistema financeiro.

19. Em outras palavras, tal dispositivo já traz em seu bojo a conduta que deve ser examinada pela Autarquia, cabendo a ela sopesar e demonstrar sua gravidade para os negócios da instituição. Evidentemente, caberá à Autarquia, na análise do caso concreto, verificar se houve ou não atuação do administrador de forma contrária aos interesses que, em razão da função assumida, deveria defender.

³ 2 - Omissão ou incorreção, na capitulação legal ou regulamentar referida na alínea "c" do item anterior, não invalida a intimação, desde que o relato do fato tipifique comportamento punível.

20. Conforme já sustentei em outros casos neste Conselho, toda decisão do Banco Central deverá observar a existência de: (a) uma clara descrição dos fatos, (b) menção a uma conduta punível e (c) discorrer quanto à existência de ofensa ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado.

21. Neste caso não é diferente. Considerando que não existe a necessidade de ser veiculada expressa e previamente um outro dispositivo que mencione qual seria a infração grave na condução dos interesses da instituição financeira, será suficiente a menção, na decisão, do § 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64, obviamente desde que a decisão contenha, também, a descrição dos atos praticados que foram considerados como graves e contrários aos interesses da instituição.

22. Permito-me citar trechos da decisão que coadunam com o meu entendimento:

O legislador, na impossibilidade de prever toda a gama de infrações graves e enumerá-las uma a uma, deixou o enquadramento na hipótese legal a critério do Banco Central do Brasil. Este, responsável pela fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, conhecedor do mercado e capaz de sopesar as operações praticadas e seus reflexos, em termos contábeis, no Banco Liberal S.A., é capaz de ponderar o risco de credibilidade dos mecanismos financeiros, qualificando ou não a conduta dos indiciados como infração.

(...)

O artigo 44 da Lei 4.595/64, especificamente em seu parágrafo 4º é norma que determina ao administrador de instituição financeira orientação para os objetivos da sociedade que dirige, visto que lhe impõe sanção à conduta diversa.

23. Por tais razões, afasto a alegada nulidade da intimação e da decisão por ausência da indicação da norma violada, tanto porque a ausência de capitulação na intimação, se configurada no caso, não a tornaria nula, diante dos fundamentos já expostos, como também porque o Banco Central efetivamente analisou e enquadrou a conduta dos administrados como incidente no § 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64, dispositivo que contém a conduta punível administrativamente.

Preliminar de ilegitimidade – Pessoa Jurídica

a) Transferência Qualificada

24. O Bank of America em seu recurso voluntário pugnou pela aplicação da teoria da transferência qualificada, tendo em vista que houve transferência do controle acionário do Banco Liberal para ele e posterior incorporação das empresas do grupo Liberal, tendo tais fatos contribuído para o saneamento do Sistema Financeiro Nacional.

25. Este Conselho tem se inclinado a reconhecer a ocorrência da denominada transferência de controle qualificado apenas quando presentes de forma concomitante três requisitos, quais sejam: (a) abertura do processo administrativo após a transferência do controle, por fatos ocorridos, entretanto, antes dessa transferência; (b) transferência com o objetivo de saneamento do Sistema Financeiro Nacional; e (c) ausência de má-fé nesta transferência.

26. Ocorre que a transferência do controle das empresas do Grupo Liberal para o Bank of America não teve como premissa o saneamento do Sistema Financeiro Nacional e sequer foi conduzida pelo Banco Central.

27. Diante do exposto, afasto a preliminar de ilegitimidade pela transferência qualificada suscitada pelo Bank of America – Brasil S.A. (Banco Múltiplo), pelo fato de a sua transferência de controle acionário não ter ocorrido em razão do saneamento do Sistema Financeiro Nacional.

b) Extinção da Pessoa Jurídica pela Incorporação

28. Afastada a preliminar quanto a transferência qualificada, há de se analisar a alegação de extinção da punibilidade em razão da incorporação do Banco Liberal pelo Bank of América. Tal questão implica a verificação do princípio da intranscendência da pena em face da extinção da pessoa jurídica.

29. Em princípio, haveria a discussão da possibilidade de aplicação de qualquer pena à pessoa jurídica, dado que seria necessária a existência do critério culpabilidade do agente, que exige a existência de culpa ou do dolo, que não seriam possíveis imputar às pessoas jurídicas, dado que não possuem consciência e/ou vontade própria.

30. Entretanto, tal questão, no âmbito do processo administrativo sancionador é matéria superada. Conforme ensina o professor Fabio Medina Osório, “a pena administrativa somente pode atingir a pessoa sancionada, o agente efetivamente punido, não podendo ultrapassar de sua pessoa. É certo que esta pessoa pode ser física ou jurídica”⁴. Restando claro, portanto, que a pessoa jurídica pode ser penalizada na esfera administrativa.

31. Aceita a tese de que a pessoa jurídica pode ser apenada, surge a questão quanto ao princípio constitucional da personalidade e individualização da pena (art. 5º XLVI, CF/88), ou seja, que deve ser aplicada a pena ao agente que realmente praticou a conduta considerada irregular.

32. Deste princípio decorre, também, o da intranscendência da pena, regra constitucional de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado. Tal princípio está previsto no inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal, portanto um princípio constitucional ao qual este Conselho deve obediência.

33. No caso de extinção da personalidade, não há que se falar em possibilidade de condenação do sucessor ou de transferência de responsabilidade na órbita do processo administrativo sancionador, visto que prevalece a necessidade de aferição de responsabilidade subjetiva.

34. A Lei de Sociedade por Ações (Lei 6.404/76) no seu artigo 219, inciso II, estabelece que a incorporação é uma das formas de extinção da sociedade. Neste caso, há de se constatar que houve a incorporação do Banco Liberal pelo Bank of America, razão pela qual decorre a correta interpretação de que houve a extinção da sociedade.

35. Ora, extinta a sociedade, não há que se falar em punição do agente incorporador, pois efetuar tal transferência seria uma forma de imputar uma responsabilidade objetiva na responsabilização da pessoa jurídica.

36. Na linha dos argumentos expostos, cito doutrina de Luciano Amaro, Sacha Calmon e Pedro Martins Fernandes, que faz distinção entre a transmissão das obrigações de origem tributária e a transmissão de multas aplicadas com caráter punitivo após a extinção da pessoa jurídica pela incorporação.

"Outra questão que merece registro é a das multas por infrações que possam ter sido praticadas antes do evento que caracterize a sucessão. Tanto nas hipóteses do art. 132 como nas do art. 133, refere-se a responsabilidade por tributos. Estariam aí incluídas as multas? Várias razões militam contra essa inclusão. Há o princípio da personalização da pena, aplicável também em matéria de sanções administrativas. Ademais, o próprio Código define tributo, excluindo expressamente a sanção de ilícito (art. 3º). Outro argumento de ordem sistemática está no art.

⁴ in *Direito Administrativo Sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2005. p. 462.

134; ao cuidar da responsabilidade de terceiros, esse dispositivo não fala em tributos, mas em "obrigação tributária" (abrangente também de penalidades pecuniárias, ex vi do art. 113, §1º). Esse artigo, contudo, limitou a sanção às penalidades de caráter moratório (embora ali se cuide de atos e omissões imputáveis aos responsáveis). Se, quando o Código quis abranger penalidades, usou de linguagem harmônica com os conceitos por ele fixados, há de entender-se que, ao mencionar responsabilidade por tributos, não quis abarcar as sanções. Por outro lado, se duvida houvesse, entre punir ou não o sucessor, o art. 112 do Código manda aplicar o princípio in dubio pro reo".⁵ (g.n.)

"Achamos que, no caso da sucessão mortis causa, as multas fiscais não devem ser transferidas ao espólio ou aos sucessores. O Fisco não deve prejudicar os herdeiros. Deve preservar o monte em favor da família, que não concorreu para a infração geradora da multa. Também aqui, e a proposição é axiológica, a penalidade não deve passar da pessoa do infrator. (...)

Torna-se imprescindível, todavia, fixar um ponto: a multa transferível é só aquela que integra o passivo da pessoa jurídica no momento da sucessão empresarial ou está em discussão (suspensa). Insistimos em que as nossas razões são axiológicas. É dizer, fundam-se em valores que julgamos superiores aos do Fisco em tema de penalidades. Nada têm a ver com as teorias objetivistas ou subjetivistas do ilícito fiscal.

(...)

Não faz sentido apurar-se infração ocorrida no pretérito e imputa-la a uma nova pessoa jurídica formal e institucionalmente diversa da que praticou a infração, sob a direção de outras pessoa naturais.

(...)

Aqui, ao contrário do que ocorre na sucessão em que a lei silencia, o CTN prevê expressamente que são transferíveis as multas de caráter moratório. (...) As demais multas, as que punem o descumprimento de deveres instrumentais, não são transferíveis (onde o legislador distingue cabe ao intérprete distinguir)"⁶ (g.n.).

"Se é certo que a obrigação tributária relativamente ao tributo (impostos, taxas e contribuição de melhoria) nasce no momento da ocorrência do respectivo fato gerador, e, portanto, se transmite ao sucessor quer o lançamento correspondente tenha sido efetuado antes ou após a sucessão, o mesmo não se pode dizer em relação à obrigação referente à penalidade aplicada.

(...)

Isto porque, a obrigação acessória, que deu origem à penalidade aplicada, no caso manter escrituração de acordo com as leis comerciais e fiscais, não tem fato gerador, como deixa claro o trecho a seguir transcrito, do Relatório apresentado pelo Prof. Rubens Gomes de Souza, aprovado pela Comissão Especial que elaborou o Projeto do Código Tributário Nacional (Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional, Ministério da Fazenda, p. 192): "89. O art. 82 (art. 114 do CTN), define o fato gerador da obrigação principal unicamente, posto que a figura não existe na obrigação acessória"⁷ (g.n.).

37. Existem ainda os precedentes do STF e do Conselho de Contribuintes, que fazem a mesma distinção:

"1. Código Tributário Nacional, art-133. O Supremo Tribunal Federal sustenta o entendimento de que o sucessor é responsável pelos tributos pertinentes ao fundo ou estabelecimento adquirido, não, porém, pela multa que, mesmo de natureza tributária, tem o caráter punitivo. 2.

⁵ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed., rev., atual. Saraiva. São Paulo. 2005. pp 352

⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6 ed. Forense. Rio de Janeiro, 2001. pp. 608 a 612.

⁷ FERNANDES, Pedro Martins. *Responsabilidade tributária – Multa aplicada à sucessora, por infração cometida pela sucedida*. Revista de Direito Tributário. ano 12, nº 45, julho-setembro de 1988, 263 – 272.

Recurso Extraordinário do fisco paulistano a que o STF nega conhecimento para manter o acórdão local que julgou inexigível do sucessor a multa punitiva." (g.n.)

RE 82754, STF, 1ª T., DJ 24.03.81, Rel. Min. Antonio Neder

"I.C.M.

- Multa Fiscal

- Sucessor. O adquirente do fundo de comercio, nos termos do art. 133 do Código Tributário Nacional, responde pelos tributos devidos pelo antecessor, mas não pelas multas, mormente se estas não foram impostas antes da transferência do estabelecimento. Recurso extraordinário provido em parte". (g.n.)

RE 89334, STF, 1ª T., DJ 25.08.78, Rel. Min. Cunha Peixoto

"RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR. MULTA FISCAL. Créditos tributários a que se refere o art. 129 do CTN não compreendem, necessariamente, imposto e multa. Tampouco a expressão "tributos devidos" abrange a multa. Assim é porque a infração é uma obrigação cujo objeto é pagar a multa fiscal. A obrigação nasce de um fato lícito ocorrido, antes descrito em lei, tem por objeto o pagamento de tributo. As obrigações e os respectivos objetos são, pois, distintos. Os créditos decorrentes são também distintos. Na sucessão tributaria, o sucessor só responde pela multa fiscal quando esta estiver constituída pelo ato administrativo, na data em que ocorrer a sucessão, uma vez que, nesse caso, o crédito da Fazenda integra o passivo da sociedade extinta". (g.n.)

Ac 102-17285 - 1º Conselho de Contribuintes.

38. Assim como no âmbito tributário, a multa no presente recurso reveste-se de caráter punitivo e, portanto, deverá servir como pena somente àquele que deu causa a sua aplicação, não devendo atingir o seu sucessor.

39. Vale frisar, no entanto, que eventual má-fé na operação de incorporação torná-la-ia viciada e, portanto, contaminaria o incorporador, respondendo ele pela eventual infração; ou seja, se uma empresa realiza uma incorporação com o fim primordial de escapar à sanção, tal fato não aproveitaria o sucessor.

40. Considerando que o processo de incorporação, no presente caso, foi regularmente autorizado pelo Banco Central, pode-se concluir que não há indícios de má-fé nesta operação de incorporação, pois ela, má-fé, não pode ser presumida, mas sim ser provada.

41. Não há nos autos outras provas da possível má-fé da operação de incorporação, razão pela qual há de se reconhecer a aplicação, neste caso, do princípio constitucional da intranscendência da pena.

42. Vale frisar que eventual condenação pecuniária já inscrita na dívida ativa seria considerada obrigação constituída e poderia ser cobrada do incorporador ou da nova sociedade, razão pela qual afirmo que a inscrição na dívida ativa pode ser considerada como o marco divisor entre o momento a partir do qual existe a assunção da responsabilidade da obrigação pela nova pessoa jurídica.

43. A distinção entre um momento e outro é importante porque o que se transmite são as obrigações, assim vistas sob a óptica civil, jamais sob a óptica penal ou administrativa sancionadora. O direito das obrigações, evidentemente, prevê a sucessão e é esta ressalva claramente feita na própria Constituição. O que não se admite é a aplicação de pena à pessoa diversa da que cometeu o delito ou a infração administrativa, como no caso. Entender-se de forma diversa poderia gerar, por exemplo, uma situação inusitada como a futura reincidência para uma instituição que sequer havia praticado a conduta irregular anterior, ensejando a aplicação de pena mais grave em casos futuros.

44. Apenas para traçar um paralelo com a responsabilidade da pessoa física, a extinção da pessoa jurídica seria como a morte para a pessoa física, não se devendo falar em continuidade de processo sancionador após a incorporação.

45. Ademais reforçam este argumento as decisões proferidas pelo Banco Central em outros processos contra o mesmo Banco Liberal,

“Verifica-se ademais, conforme alegado pelo BofA, o novo controlador do Banco Liberal, que de fato a instituição financeira que conduziu as operações hoje não mais subsiste, sendo totalmente absorvida na incorporação, extinguindo-se a pessoa jurídica do Banco Liberal. Deste modo, ainda que configurada ilicitude, extinta estaria a punibilidade, haja vista a impossibilidade de, no campo administrativo, apenar-se a pessoa outra que não a infratora.

(Pt 9900982702 – Decisão Decif/GTRJA-2002/061)

Contudo, conforme documentos apontado nos autos pelo BofA, novo controlador do Banco Liberal, verifica-se que de fato a instituição financeira que conduziu as operações hoje não mais subsiste, sendo totalmente absorvida na incorporação, extinguindo-se a pessoa jurídica do Banco Liberal. Deste modo, em que pese esteja perfeitamente caracterizada a ocorrência da ilicitude, encontra-se extinta a punibilidade da pessoa jurídica, haja vista a impossibilidade de, no campo administrativo, apenar-se pessoa outra que não a infratora.

(Pt 9900981435 – Decisão Decif/GTRJA-2002/062)

46. Diante do exposto, acolho a preliminar de extinção da punibilidade do Bank of América, dado que a incorporação do Banco Liberal implica a extinção da empresa e o princípio constitucional da intranscendência da pena deve ser aplicado.

Mérito

Materialidade

47. Discute-se muito no presente Recurso acerca da existência ou não do prejuízo nas operações supostamente irregulares de venda e recompra de ações. Entretanto, a ocorrência de prejuízos, conforme verificaremos a seguir, por si só, não pode ser considerada como uma infração, mas consequência de uma conduta prévia, intencional ou não. A conduta anterior é a que deve ser punida, se típica. Em síntese, a ocorrência de prejuízos poderia indicar a existência de infração, sem constituir, de per si, conduta ilícita.

48. A conduta anterior e punível seria a condução dos negócios da instituição financeira de maneira contrária aos seus interesses, que teria como consequência a realização de sucessivos prejuízos na empresa. Isto configuraria, perfeitamente, a descrição do § 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64.

49. Assim, nos cabe examinar se as sucessivas operações de venda e recompra de ações, cujos resultados provocaram supostos prejuízos, de alguma forma representaram um atentado aos interesses da instituição.

50. Conforme se depreende dos autos, podemos concluir que a punição pela condução nefasta dos negócios da empresa dissociada de seus interesses poderia ocorrer em razão de: (i) manipulação de preços, manutenção artificial de condições de demanda ou qualquer outra atuação não equitativa no mercado de capitais, ou (ii) qualquer outra ação ou omissão que caracterizasse com clareza o intuito prejudicial da operação para os interesses da empresa considerados de maneira geral e não pontual.

51. Em relação à possibilidade “(i)” do parágrafo anterior, a CVM, em decisão confirmada por este Conselho, determinou o arquivamento do processo administrativo em que aquela matéria era tratada. A ocorrência do arquivamento implica que as operações realizadas pela tesouraria da Banco Liberal S.A. não foram realizadas de forma artificiosa ou com manipulação de preços.

52. Tal constatação, por si só, seria suficiente para determinar o arquivamento do processo se levássemos em conta a fundamentação da decisão do Banco Central, pois a origem do mencionado prejuízo, conforme manifestação da própria autarquia⁸, decorreu da “manipulação de preços das ações da Enertel e Tegener”. Considerando que a CVM e este Conselho já afirmaram que não houve tal manipulação de preços, inexistiria a imputação inicial.

53. Restaria uma análise retórica quanto à hipótese prevista no item “(ii)” do parágrafo 50 deste voto, ou seja, a existência de outros elementos que caracterizassem o intuito contrário e prejudicial dos administradores aos interesses da instituição.

54. Aqui, o que se busca é verificar se as operações realizadas pelos Recorrentes e que redundaram em supostos prejuízos poderiam ser consideradas contrárias aos interesses da companhia, mesmo quando efetuadas dentro das regras que regulam o mercado de capitais. Em outras palavras, os supostos prejuízos foram perdas sofridas por conta de operações normais, executadas conforme as regras, condições e práticas normais de mercado, como parte de uma estratégia de investimento, ou os administradores agiram com dolo ou culpa de maneira contrária aos interesses da empresa?

55. A este respeito, entendo que a estratégia ou decisão de investimento tomada pelos administradores de uma instituição integrante do sistema financeiro possa servir como fundamento para caracterização da conduta punível prevista no § 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64 desde que seja flagrantemente maléfica, eivada de vícios e carente de motivação razoável.

56. Neste aspecto, como já expressei diversas vezes neste Conselho, toda vez que julgamos estratégias de investimento ou atos típicos de tesouraria, devemos fazê-lo de forma muito cautelosa. Não seria razoável condenar atos pretéritos com base em informações atuais, salvo se, à época da decisão, nada justificasse aquela determinada posição (como, por exemplo, colocar categoricamente em risco a saúde financeira da instituição). Ainda assim correríamos o risco de sermos injustos, pois a atividade financeira envolve necessariamente a assunção de riscos que, para alguns, podem ser ultrajantes ou excessivamente desnecessários, enquanto para outros são perfeitamente passíveis de assunção. No mercado financeiro, especialmente em se tratando de instituições financeiras e integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários, eventuais ganhos e perdas fazem parte da rotina e do negócio.

57. No presente Recurso, não consigo vislumbrar elementos suficientes que indiquem que tais operações conduzidas pelos Recorrentes não faziam parte de uma estratégia normal de investimento ou que tenham decorrido de ato de vontade da administração com o propósito de contrariar os interesses da instituição.

58. Até mesmo a existência de sucessivos prejuízos não foi caracterizada de forma convincente ou preponderante. Conforme apontou o Desup, seria possível considerar que as operações tidas como irregulares e causadoras de prejuízos seriam custos de captação, já que os recursos provenientes da alienação das ações aos fundos estrangeiros foram destinados à concessão de empréstimos que teriam trazido um retorno financeiro superior ao valor das recompras e remuneração pelos empréstimos das ações. Ou seja, quando consideradas em seu conjunto, as operações não resultariam no alegado prejuízo.

⁸ Parágrafo 38 da decisão (fls. 1331) “Ao realizar referidas operações, o banco incorreu, de forma artificiosa, em despesas decorrentes da negociação das ações objeto de contratos de mútuo, tendo sido possível, à instituição determinar o volume de despesas da espécie que lhe fosse mais conveniente, procedimento este viabilizado pela evidente manipulação de preço daquelas ações e, assim, transferiu os resultados obtidos para investidores estrangeiros, titulares ou passageiros de contas de Anexo IV (com a conseqüente remessa desses recursos para o exterior sem a incidência de impostos – e para o fundo de investimento nacional Liberal Plus FMIA, todas essas carteiras administradas pela Liberal S.A. CCVM, instituição financeira controlada pelo Banco Liberal, ocorrendo, assim, redução dos lucros apurados pelo Banco e, portanto, da base de cálculo do imposto de renda. (g.n)

59. Mesmo que tais operações tivessem gerado prejuízos, o Banco Central, apesar de poder questionar a gestão da empresa, deveria instaurar processo administrativo em face dos administradores apenas quando a má gestão fosse potencialmente lesiva ao bem jurídico tutelado pela Lei 4.595/64, que é a higidez do Sistema Financeiro Nacional ou da instituição financeira supervisionada.

60. Desta forma, ao Banco Central não basta afirmar que determinada conduta do administrador infringe o parágrafo 4º do artigo 44, da Lei 4.595/64. Ele deve, ainda, expor detalhadamente os motivos pelos quais a conduta afeta a higidez do Sistema Financeiro ou da instituição financeira, mesmo que apenas com a potencialidade de abalo da conduta, sob pena de, não o fazendo, não ter razão para sujeitar os administrados a processos sancionadores.

61. No caso específico, não há informações acerca do abalo ou possível abalo que a conduta dos administradores do Banco Liberal S.A. poderia causar ao Sistema Financeiro ou à empresa; ao contrário, os balanços semestrais demonstraram que a empresa estava em condições financeiras satisfatórias. Existe, apenas, um juízo de reprovação pela Autarquia quanto aos supostos prejuízos sofridos pela instituição em razão de uma potencial má gestão da companhia.

62. É verdade que uma operação realizada inteiramente entre empresas e partes relacionadas certamente deveria ser alvo de uma apuração maior por parte da autoridade supervisora, o que tentou a autarquia neste caso. Todavia, uma operação realizada nestas condições, por si só, não é capaz de caracterizar uma irregularidade.

63. Portanto, o Banco Central não foi capaz de comprovar (i) a irregularidade das operações realizadas com o propósito de contrariar os interesses da instituição e (ii) a existência do prejuízo, exceto de forma pontual, em algumas transações, quando analisadas isoladamente. Conforme já afirmamos acima, ainda que existisse o prejuízo, apenas a sua constatação não seria motivo suficiente para se considerar que houve a condução da instituição de forma contrária aos seus interesses; tampouco eventual prejuízo seria suficiente para qualificar a conduta como grave como se busca fazer em relação aos administradores.

Autoria

64. Ainda que estivesse comprovada a materialidade da infração, os fatos e provas trazidos aos autos carecem de elementos que vinculem a suposta infração aos Recorrentes. Quanto a este aspecto, é relevante destacar a forma como a Autarquia responsabilizou os diretores em relação à conduta tida por contrária aos interesses do Banco Liberal.

65. Considerando o tipo e a forma da conduta imputada (venda e recompra de ações com conseqüente prejuízo), apenas o responsável, direta ou indiretamente, por essas operações seria parte legítima para figurar no pólo passivo do presente processo administrativo.

66. Não há dúvidas de que a responsabilidade do administrador, para fins de processo sancionador, é subjetiva, devendo, portanto, ser demonstrado dolo ou culpa do agente, bem como nexos causal entre a conduta do agente e o resultado infracional. A aplicação da penalidade deve ser feita apenas de forma individualizada em relação àquele que (i) cometeu a infração, (ii) soube da conduta e, tendo poderes para coibi-la, não se posicionou de maneira a evitá-la, e/ou (iii) possuía responsabilidade de controlar e fiscalizar as operações realizadas pela área que deu origem à conduta delituosa.

67. É possível a responsabilização de toda uma diretoria, desde que exista a comprovação da culpa *in vigilando* de cada um destes administradores. O posicionamento do DEJUR, de certa forma, corroborou este entendimento. Ao analisar a proposta de instauração de processo administrativo, afirmou que a autoria deve ser identificada por documentos que comprovam que determinada pessoa realizou o ato vedado. Não havendo tal prova, deve-se verificar o diretor responsável pela operação vedada e responsabilizá-lo. Apenas se essa

responsabilização for impossível de ser auferida, alega o DEJUR, poder-se-ia punir a totalidade da Diretoria, ao menos, com a culpa *in vigilando*.

68. Feitas estas considerações e partindo do pressuposto de que das operações de venda e recompra das ações teriam supostamente decorrido prejuízos, o Desup deveria reunir provas concretas da participação ou omissão dos administradores, como analisar as operações decorrentes de negociação de ações de carteira própria da instituição. Nesse ponto, verifica-se que essas operações ocorreram numa área responsável pela tesouraria da instituição.

69. Para o Banco Central, bastaria ter verificado o *modus operandi* da instituição quanto à aprovação na realização das operações (ex. alçadas) e/ou ter exigido do Banco Liberal S.A. CCVM um organograma com os diretores e suas atribuições, pois nele seria(m) localizado(s) o(s) Diretor(es) responsável(is) pelas operações de tesouraria.

70. Argumenta-se que a imprecisão das delimitações de funções dos administradores no estatuto seria uma evidência de convivência colegiada ou solidariedade entre os membros que compõem a administração da sociedade. Entretanto, tal interpretação fere o princípio da culpabilidade, bem como encontra obstáculo prático na gestão de qualquer empresa nos dias de hoje em que há alterações constantes da estrutura organizacional por motivos de substituição de funcionários, mudanças estratégicas ou mesmo consolidações. Impor à empresa a necessidade de delimitar expressamente no estatuto as funções de cada diretor importaria aos acionistas o dever, a meu ver desnecessário, de se convocar uma assembléia toda vez que se realizasse uma reestruturação organizacional na empresa, situação extremamente corriqueira dentro de qualquer sociedade.

71. Sustento a possibilidade de responsabilização de toda uma diretoria, desde que exista a comprovação da culpa *in vigilando* de cada um destes administradores. Assim, a acusação deve colher provas de que um administrador, sabendo ou devendo saber sobre a operação, dada a sua posição hierárquica ou função na empresa, não se posicionou de maneira contrária ou nada fez para impedir ou cessar a operação irregular. Cito como exemplo uma falha em estabelecer medidas prudenciais para evitar uma conduta faltosa, providência esperada em relação à pessoa a quem foi atribuída determinada função de fiscalização e a quem foram dados poderes para o seu exercício.

72. O posicionamento do DEJUR, de certa forma, corrobora este entendimento. O parecer ao analisar a proposta de instauração de processo administrativo, afirmou que a autoria deve ser identificada por documentos que comprovam que determinada pessoa realizou o ato vedado. Não havendo tal prova, deve-se verificar o diretor responsável pela operação vedada e responsabilizá-lo. Apenas se essa responsabilização for impossível de ser auferida, poder-se-ia punir a totalidade da Diretoria, ao menos, com a culpa *in vigilando*, *verbis*:

“Com relação à autoria, entendo que a proposta merece reparo.

Inicialmente, a responsabilidade deve ser verificada mediante os documentos que comprovam a infração, através de assinaturas apostas nos instrumentos.

Caso assim não seja possível, deve-se verificar qual é o responsável pela área competente para a prática da operação vedada e, somente se assim nada for concluído, pode-se responsabilizar a Diretoria em sua totalidade, com base, ao menos, em culpa in vigilando.”

73. Continuou o Dejur, salientando que o critério adotado pelo Desup para a acusação, qual seja, o de indiciar “todos os administradores que possuem vínculo com alguma das outras empresas envolvidas nas operações (...) descritas, quer sejam como diretores, conselheiros ou representantes legais...”, não seria um critério adequado, *verbis*:

Este critério não é adequado, já que um diretor do Liberal que não tivesse qualquer vínculo com as demais empresas poderia ter parte nas operações, ou, mesmo que não tivesse qualquer participação direta, poderia, eventualmente, ser responsabilizado a título de culpa in vigilando. (grifo nosso)

74. Deliberou, por fim, que fosse realizada a “verificação dos autores diretos da infração, ou sucessivamente, do responsável pela área que seria competente para a operação e, somente se tal não for possível, a responsabilização de toda a Diretoria”.

75. Em resposta a este expediente, o Desup informou que “o critério utilizado para responsabilização considerou, portanto, somente os casos em que houve a participação de diretores do Banco Liberal e/ou Bank of America - Liberal S.A. CCVM concomitantemente com a administração/representação legal das demais partes envolvidas (TEGENER, ENERTEL, e/ou os investidores estrangeiros), o que teria possibilitado a realização das operações com os resultados auferidos”.

76. Esclareceu, ainda, que tal critério de responsabilização (de toda a diretoria) foi utilizado “tendo em vista a inexistência de documento específico que determinasse a negociação das ações, bem como uma diretoria específica definida no estatuto, quanto no âmbito do Banco Central”.

77. Em novo parecer, o DEJUR manifestou que em nenhum momento admitiu a possibilidade de utilização indiscriminada de responsabilização de toda a diretoria, pois a responsabilidade administrativa é fundada em prova. Mesmo na hipótese de culpa *in vigilando*, ainda de acordo com o DEJUR, deveria haver, ao menos, prova da omissão do diretor, *verbis*:

“... deve ser esclarecido que esta DEJUR/PRRJA não defendeu que se responsabilize, indiscriminadamente, toda a Diretoria. A responsabilidade administrativa é fulcrada na prova, ainda quando a imputação tem base na culpa *in vigilando* (devendo, neste caso, haver provas de que o sujeito não atuou quando deveria).

O que esta Procuradoria pretendeu esclarecer no arrazoadado de fls. ____ é que o critério utilizado pela DESUP/GTRJA para a nomeação dos acusados precisa ser revisto e, para tanto, criou parâmetros normalmente utilizados para a indicação dos culpados, devendo todos, evidentemente, basearem-se em provas, além de estar demonstrado o elemento subjetivo (culpa, ao menos).

(...)

Em resumo, pode-se dizer que um Diretor do Liberal não precisa ser dirigente de qualquer das empresas estrangeiras titulares das carteiras de Anexo IV para que possa ser responsabilizado pelas práticas irregulares. Basta que tenha participado das negociações ou que tenha se omitido quando deveria agir para impedi-las”. (grifos nossos)

78. Feitas estas considerações e partindo do pressuposto de que das operações de venda e recompra das ações teriam supostamente decorrido prejuízos, o Desup deveria reunir provas concretas da participação dos administradores que tivessem determinado a realização das operações, supostamente irregulares, ou que cientes da possível irregularidade, seja pelo dever de fiscalização ou por sua função, deveriam ter adotado medidas para obstar a ocorrência das irregularidades.

79. Observo, no entanto, que o Desup, ao arrepio do parecer do Dejur, persistiu na responsabilidade de administradores da Corretora apenas porque também possuíam participação nas demais empresas envolvidas e assinaram os contratos de empréstimo. Ocorre que a participação nas empresas ou a assinatura nos contratos de empréstimo das ações não são o foco da fiscalização, mas sim a venda e compra das ações.

Diante do exposto, **CONHEÇO** dos recursos voluntários interpostos e a eles **DOU PROVIMENTO** para determinar o arquivamento do processo administrativo. Com relação ao **Banco Liberal S.A.** o provimento ao recurso decorre do acolhimento da PRELIMINAR de reconhecimento da EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE pela incorporação. Quanto aos demais recorrentes, o provimento ao recurso decorre da AUSÊNCIA DE PROVA da MATERIALIDADE, tanto pela manifestação do Banco Central quanto à inocorrência de prejuízos, como também pela ausência de potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado (higidez do Sistema Financeiro Nacional ou instituição financeira), que tornariam a conduta grave. Ainda que presente a

materialidade, NÃO HOUVE COMPROVAÇÃO DA AUTORIA, seja por dolo ou culpa *in vigilando* dos administradores.

Brasília, 12 de junho de 2008. **Marco Antônio Martins de Araújo Filho** - Conselheiro Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Relativamente ao mérito, entendo que não restou caracterizada a materialidade das infrações imputadas aos Recorrentes. Acompanho, nesse sentido, a manifestação da PGFN nos autos, de 07.07.2005.

Com efeito, o conjunto probatório permite inferir que as operações questionadas tinham por objetivo a maximização e captação de recursos disponíveis no próprio grupo Liberal, para investimentos financeiros no País, com o uso de planejamento fiscal. A legalidade ou não do planejamento tributário efetuado é objeto de apuração no foro administrativo competente, não cabendo aos órgãos do Sistema Financeiro Nacional manifestarem-se a respeito.

Os resultados negativos experimentados pelo Banco Liberal não restaram cabalmente demonstrados, consoante questiona o próprio DESUP, na sua manifestação de fls. 1.304 e ss. Assim, não há elementos que permitam concluir ter sido colocada em risco a higidez econômico-financeira dessa instituição, e muito menos do Sistema Financeiro Nacional globalmente considerado.

Ademais, fizeram prova os Recorrentes que o resultado financeiro global do grupo Liberal foi positivo e representativo no período em que foram realizadas as operações questionadas.

Dessa forma, fica patente a ausência de qualquer prejuízo ou mesmo risco de dano *in abstracto* ao Sistema Financeiro Nacional em decorrência dos fatos objeto de apuração nestes autos.

No caso em exame, na medida em que não se demonstrou claramente os supostos prejuízos sofridos pelo Banco Liberal, segundo questionou o próprio DESUP, a imposição da penalidade de inabilitação pela Autarquia recorrida aos administradores indiciados afigurou-se claramente desproporcional e excessiva.

Ante o exposto, VOTO no sentido de dar provimento aos recursos voluntários, por ausência de materialidade das infrações.

É o meu voto. Darwin Corrêa – Conselheiro.

DECLARAÇÃO DE VOTO

PRELIMINARMENTE

Rejeito as preliminares alegadas de nulidade do processo; de inépcia das intimações por falha de capitulação das ocorrências tidas como irregulares; bem como a que questiona a competência do Banco Central para fiscalizar e aplicar as punições correspondentes em caso de apuração de irregularidade envolvendo valores mobiliários, e, ainda, a da ocorrência de *bis in idem*.

Acerca da preliminar de inépcia das intimações por falha de capitulação das ocorrências tidas como irregulares, muito embora considere que essa matéria vem desafiando os melhores esforços empreendidos por este Conselho no sentido de definir os contornos da conceituação de irregularidade de natureza grave, ainda assim não vejo como retirar da autoridade de primeiro grau sua competência para avaliar e sopesar a potencialidade lesiva que determinada conduta ou prática possa trazer ou para a instituição ou para a segurança do mercado, isso para a preservação da disciplina e o adequado funcionamento do sistema financeiro.

É da avaliação do conjunto de circunstâncias que envolverem a prática tida como indevida e seus efeitos lesivos ao bem jurídico que se extrairá a correta compreensão dos males que a legislação bancária procurou coibir, para indicar a partir de elementos concretos o dimensionamento da ação corretiva nos termos da legislação vigente.

Nesse sentido, não acato as alegações de nulidade das intimações ou do processo, por suposta falha de capitulação, inclusive porque como bem frisou o Procurador da Fazenda Nacional a conduta foi minuciosamente descrita nas intimações, levada, portanto, ao conhecimento dos indiciados, que assim puderam exercer de forma plena seu direito de defesa. E esse entendimento encontra-se estribado em jurisprudência copiosa deste Colegiado.

Verifico, também, equívoco de avaliação na assertiva de que o Banco Central não detém competência para exercer a fiscalização dos negócios com títulos e valores mobiliários. É certo que quanto aos aspectos relativos aos efeitos sobre o mercado de distribuição de títulos e valores mobiliários, a competência de fato é da CVM, indiscutivelmente. Mas as condutas derivadas de práticas que possam atentar contra a segurança operacional ou comprometer a saúde financeira da empresa ou ainda as que venham a provocar distorções de atuação com reflexos no desvirtuamento das diretrizes estabelecidas na legislação ou regulamentação em vigor, na área de atuação do Banco Central, cabe, sim, ao referido órgão adotar as medidas previstas na legislação vigente.

Acerca da alegada ocorrência do *bis in idem* afasto tal preliminar em razão da responsabilização dos administradores decorrer da administração de pessoas jurídicas distintas, além do que as operações são distintas, bem como o período.

Fato incontestado, e conforme amplamente estabelecido na doutrina e jurisprudência pátrias, os princípios têm preponderância quando confrontados com as normas.

E, a despeito de não haver regra explícita considerando a transferência qualificada em comento como causa excludente de ilicitude do tipo; levando-se em consideração o que estabelece o dispositivo constante do art. 2º da Lei nº 9.784/99, que dispõe que a Administração obedecerá, dentre outros, aos princípios da razoabilidade e do interesse público, não entendo razoável exigir que o adquirente de controle da instituição financeira que, de forma legítima e em tempo posterior a atos tidos como irregulares, seja, em determinadas circunstâncias, passível de sofrer sanção por parte da administração. Ademais, como cofatorialidade a justificar a manutenção da decisão do Bacen estaria o fato do interesse público em ser mantida a higidez do sistema financeiro quando aquelas instituições foram chamadas a intervir no sistema, mediante compra de outras instituições, para tal desiderato.

Ademais, é pacífica a jurisprudência deste Conselho no sentido de que não se apena a instituição financeira por infração anterior à transferência qualificada de seu controle, caracterizando-se essa qualificação pelo início do PA após a transferência do controle acionário, desde que tenha havido interesse direto do BACEN na transferência do controle acionário como protagonista da operação, com o fim de saneamento do Sistema Financeiro Nacional e manutenção de sua higidez, além, por fim, da inexistência de má-fé como eximente da obrigação.

Ocorre que, *in casu*, não vi comprovadas as condições de adequação à jurisprudência deste Conselho. Ou seja, não conseguiu o recorrente demonstrar que a transferência de seu controle societário tenha se verificado em nome do interesse de preservação da higidez do sistema financeiro nacional, mediante reconhecimento dessa circunstância pelo Banco Central.

Todavia, no tocante à questão da extinção da punibilidade em decorrência de incorporação da pessoa jurídica infratora, acompanho, por ora, e neste caso, a conclusão a que chegou o ilustre Conselheiro-Relator, além de acompanhá-lo nos demais entendimentos referentes às questões de preliminar.

NO MÉRITO

No mérito, vejo a necessidade de ponderar a forma artificiosa com que as operações de aluguel, venda e posterior recompra de ações foram conduzidas pelos vários agentes chamados ao processo.

De um lado, tinha-se as ações de baixa liquidez e escassa movimentação em bolsa, ações que, frise-se, eram de emissão de empresas cujo controle ou cuja gestão estavam sob o comando de executivos que também exerciam posição de comando nas instituições financeiras que montaram as estratégias operacionais sob apreciação. Ademais, para completar o ciclo de controle de toda a sistemática de negociação, os investidores estrangeiros, cujos fundos eram representados pelas mesmas pessoas que detinham o poder de decisão, tanto no Banco Liberal e na corretora contratada para conduzir as operações, quanto nas empresas emissoras das ações, quanto ainda na empresa proprietária daqueles papéis.

Esse cenário favoreceu a montagem de prática operacional que previa o domínio de todo o processo decisório em todos os níveis, desde a montagem da estratégia operacional, até o fornecimento do *funding* para as operações, quanto aos ativos a serem negociados; associando a tudo isso a característica de que as ações eram de pouquíssima movimentação. Assim, esse conjunto de fatos e circunstâncias permitiu a administração de resultados adrede acertados, mas de modo a manter a aparência de normalidade, principalmente no que diz respeito à submissão às forças normais de mercado.

Ainda que se possa admitir, em tese, a dificuldade em definir previamente se determinado conjunto de operações irá gerar resultados positivos, também é certo que houve um efetivo controle do movimento das cotações daquelas ações, de modo a que estas fossem sempre crescentes, demonstrando a confluência dos interesses comuns, que se resumiam em um só e único objetivo, qual seja, o de gerar resultados para a remessa de divisas ao exterior, mediante o uso dos favores tributários previstos na legislação específica.

Essas características asseguraram o domínio absoluto sobre o resultado a que se pretendia chegar, permitindo que se calibrasse o montante das receitas geradas com as operações de aluguel, venda e posterior recompra daqueles papéis.

Ou seja, a sistemática colocada em prática demonstrou que a instituição financeira, na montagem dessas operações, detinha o controle do processo de formação de preços dos ativos que negociava. Esse domínio ficou demonstrado tanto nas peças intimatórias, como na decisão que concluiu pelo apenamento dos ora recorrentes.

Alega-se que as operações foram conduzidas através das bolsas e que qualquer outro agente do mercado poderia também delas participar. Mesmo que essa assertiva possa fazer sentido, a verdade é que nos vários negócios realizados no período confirmou-se a tendência de pouquíssimas negociações com esses papéis, negociações que na verdade ficaram restritas, frise-se, àquelas referidas no processo sob apreciação. Assim, os agentes envolvidos, instituições financeiras, empresas emissoras das ações, os fundos de investimentos estrangeiros, todos administrados praticamente pelas mesmas pessoas, puderam calibrar convenientemente o montante das despesas e das receitas que essas operações pudessem gerar, de forma a justificar a remessa de divisas ao exterior, com os benefícios conferidos pela regulamentação tributária.

Assim, vejo a presença de fortes e suficientes indícios de que os resultados foram forjados, de forma lesiva aos interesses da instituição, pelo fato de que levaram à evidenciação de despesas arranjadas artificialmente, sem refletir as forças usuais de mercado. Houve, isto sim, um movimento orquestrado para forjar as despesas que, por esta razão, oneraram indevidamente a instituição financeira, com reflexos em sua posição patrimonial, principalmente quanto à consistência e legitimidade dos valores lançados em seus balanços, porque deixaram de refletir as forças de mercado na formação dos preços de ativos registrados em sua contabilidade.

Ademais, ao meu ver, independe a circunstância de o Banco ter apresentado lucro ou prejuízo para a caracterização da irregularidade; o que deve sim ser levado em conta é mera prática da conduta de deliberadamente arquitetar a operação com a finalidade dissimulada de remeter valores expressivos para o exterior, com os benefícios conferidos pela regulamentação tributária, conforme já dito acima.

O que se vê a partir dos indícios apontados é que houve a formação de um sistema de formação de preço dos ativos de forma a favorecer posições ganhadoras ou perdedoras de clientes, restando configurada, portanto, a prática nociva aos interesses da instituição.

Responsabilidade do Administrador

Antes de adentrar na análise específica da responsabilidade individual de cada um dos recorrentes, cabe tecer alguns comentários acerca das hipóteses da possibilidade de responsabilização do administrador de instituição financeira, vis-a-vis a Lei nº 4595/64.

Fato incontestado, o administrador de instituição financeira está sujeito a responder pelos atos praticados nas esferas civil, penal e administrativa.

Como se sabe, a regra, no direito brasileiro, é a possibilidade de responsabilização subjetiva e pessoal. Para ser responsabilizado, a conduta do administrador, além de típica e antijurídica, deve ser culpável; sendo a culpabilidade, como se sabe, o liame subjetivo que liga o ilícito ao autor do delito.

Em algumas hipóteses, o legislador admitiu a responsabilização objetiva do autor do ilícito; todavia, tal situação só é admitida em casos excepcionais, e apenas no Direito Privado, não sendo possível, pois, responsabilização objetiva no campo do direito penal e administrativo.

Dentre as teorias baseadas na culpa, há a defendida pelo ilustre doutrinador Arnold Wald que, in *Questões de Responsabilidade Civil – 1990* – advoga a tese da possibilidade de responsabilização do administrador de instituição financeira com base na culpa presumida juris tantum, doutrina consagrada pelo direito francês, que é aquela que admite prova em contrário por parte do acusado da prática do ilícito.

Apenas discordo do citado autor no aspecto de que só admite a presunção de culpa na hipótese de liquidação da instituição financeira, por ser medida drástica a ser tomada pelo Banco Central apenas em hipóteses extremas, a fim de não abalar o sistema como um todo.

Ademais, cabe destacar que não apenas nas hipóteses de ação, mas também nas de omissão, os administradores de instituição financeira poderão ser responsabilizados pelos ilícitos cometidos.

Nos termos do art. 153 da Lei nº 6404/76 “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

Por sua vez o § 1º do art. 158 da citada lei estabelece que “o administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral”.

Assim, mesmo que o administrador (diretores ou membros do conselho de administração) não tenha praticado diretamente o ato, poderá vir a responder, inclusive administrativamente, pelo atos praticados na gestão da companhia.

E tal responsabilidade não pode ser encarada como sendo responsabilidade objetiva ou responsabilidade coletiva por ato de terceiros, será sim responsabilização por ato próprio por ausência do dever de diligência incumbida pela própria lei, ou seja, neste caso responderá por culpa própria decorrente de omissão no dever de impedir (ou pelo menos tentar impedir) a prática do ato irregular na gestão da empresa.

Oportuna a lição do ilustre advogado Luiz Alfredo Paulin em sua doutrina – A Responsabilidade do Administrador de Instituição Financeira, em Face da Lei Bancária (Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Editora RT):

“Poder-se-ia dizer que todas as vezes que uma dada instituição financeira habitualmente pratica atos como saque contra reservas negativas, defere empréstimos às pessoas com restrições cadastrais ou impedidas de operar, possibilita ganhos injustificados em favor de terceiros através de operações passíveis de serem consideradas como atentatórias às regras da boa técnica bancária, ou ainda operações que possam ser tidas como gestão temerária, está-se diante de uma instituição que não se encontra dentro de um funcionamento normal. Neste caso, ainda que não se prove a participação direta de um dado diretor, este deve ser responsabilizado, posto que deixou de empregar o dever de diligência na administração da sociedade, permitindo que os demais diretores administrassem de forma caótica a sociedade. Ressalte-se neste passo, evitando-se mal entendidos futuros, que não se está defendendo a imposição de penalidade ao administrador, em virtude de fato de terceiro. Está-se, isto sim, responsabilizando o administrador, por ter este deixado de empregar diligência na administração da sociedade, tendo, pois, falhado em exercer a vigilância que lhe era requerida, por força de lei”.

Com relação à responsabilização dos administradores de instituição financeira o citado doutrinador admite a possibilidade nas hipóteses de omissão quando descumprir um dever apontado como tal: “a) pela lei ou regulamento; b) pelo exercício das atribuições inerentes ao cargo que ocupa; c) pelos estatutos ou pelo contrato social; d) pela indicação do administrador como responsável perante o Banco Central do Brasil; e e) pelo recebimento pessoal, por parte do administrador de uma determinação do agente público”.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, mantenho a decisão da autoridade de origem em relação ao recorrente Antonio Carlos Braga Lemgruber, por entender que o referido senhor é quem detinha maior controle sobre o conjunto de todas as operações, na medida em que era diretor do Banco, diretor da Corretora, representante dos três fundos (LIBERAL FUND, LIBERAL BANKING, ESSENCE) de investimentos estrangeiros. Era, ainda, diretor e quotista da empresa TEGENER, além de ser o representante da TIGER, empresa com sede nas Ilhas Cayman e que era a controladora da TEGENER. Nesse sentido, o Sr. Lemgruber firmou os contratos de mútuo de ações em nome da TELENERGIA e, em nome do BANCO LIBERAL e da

LIBERAL CCVM, os contratos de administração firmados entre estes e os fundos LIBERAL BANKING e ESSENCE CORPORATION.

Em relação aos senhores Aminadabe Andrade Luz, Lauro Alberto de Luca, Jean Bardawil, Aldo Floris, José Alfredo Lamy e Salvador Vairo, dou provimento parcial para reduzir o prazo de duração da penalidade que lhes foi aplicada para 1 ano, por considerar que suas participações, embora essenciais para a consecução da conduta irregular, se situaram em um patamar de menor relevância, sendo certo que:

- ☐ O Senhor Aminadabe, além de ser Diretor do Banco Liberal e administrar a carteira do Liberal Banking Corporation (Anexo IV), firmou em nome da LIB PARTICIPAÇÕES contratos de mútuo de ações entre esta e o Banco Liberal, bem como os contratos de administração firmados entre o BANCO LIBERAL e a LIBERAL CCVM com os investidores ESSENCE CORPORATION e LIBERAL BANKING, neste último caso em nome do BANCO LIBERAL S/A;
- ☐ O Sr. De Luca assinou os contratos de mutuo de ações, em nome do banco e em nome do investidor o contrato de administração firmado entre o LIBERAL BANKING e o BANCO LIBERAL S/A;
- ☐ O Sr. Aldo Floris na qualidade de alto executivo tanto do Banco Liberal, quanto da Corretora, e além de ser Quotista e Diretor da Telenergia, era representante do Fundo Estrangeiro – Liberal Fund, não podendo o mesmo alegar que desconhecia as referidas operações, não demonstrando o mesmo que ao menos tentou impedir para a sua concretização;
- ☐ O Sr. Bardawil além de ser Diretor do Banco Liberal e da Liberal CCVM e representante do Fundo Estrangeiro – Liberal Fund, assinou alguns dos contratos de mútuo firmados com o Banco Liberal;
- ☐ O Sr. José Alfredo Lamy além de Diretor do Banco Liberal era representante do Fundo Estrangeiro – Liberal Fund;
- ☐ O Sr. Salvador Vairo além de Diretor do Banco Liberal era representante do Fundo Estrangeiro, bem como era Diretor Presidente e DRM da Enertel e Tegener, quotista e Diretor da Telenergia.

É o Voto. Brasília, 12 de junho de 2008. DANIEL AUGUSTO BORGES DA COSTA - Conselheiro-Revisor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, decidem os membros do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – após a) repelir as questões de preliminar argüidas [a.1) nulidade do processo por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa; a.2) incompetência do Banco Central do Brasil ao argumento de que se abordava fato já julgado em outro ensejo – princípio do *non bis in idem*; a.3) nulidade da intimação em referência aos administradores recorrentes e da decisão; a.4) nulidade da intimação no tocante à pessoa jurídica e da decisão e a.5) configuração de transferência qualificada de controle acionário, a ensejar declaração de causa extintiva de punibilidade] – b) dar provimento ao recurso interposto por b.1) BANK OF AMERICA – BRASIL S.A. (BANCO MÚLTIPLO), convertendo em arquivamento a decisão do órgão de primeiro grau no sentido de se lhe aplicar pena de multa pecuniária no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); e c) prover parcialmente os demais apelos, ratificando-se o sancionamento individual definido pela primeira instância (inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições na área de fiscalização do Banco Central do Brasil), com redução do prazo originário (3 – três – anos) para 1 (um) ano no tocante a c.1) ALDO FLORIS, c.2) AMINADABE ANDRADE LUZ, c.3) JEAN BARDAWIL FILHO, c.4) JOSÉ ALFREDO LAMY, c.5) LAURO ALBERTO DE LUCA e c.6) SALVADOR VAIRO e para 2 (dois) anos relativamente a c.7) ANTÔNIO CARLOS BRAGA LEMGRUBER. Foram

efetuados os seguintes apontamentos: 1- decisão final do CRSFN tomada com base na declaração de voto do conselheiro-revisor, salvante em **b.1**, em que, observada a ordem de votação, sagrou-se vencedor o voto proferido pelo conselheiro-relator, tendo sido vencidos com voto de integridade da multa pecuniária os Conselheiros: Marcos Galileu Lorena Dutra, Felisberto Bonfim Pereira e Raul Jorge de Pinho Curro; 2- lavratura de declaração de voto também dos Conselheiros: Darwin Corrêa e Rita Maria Scarponi; 3- unanimidade em **a.1**, **a.2**, **a.3**, e **a.5**; 4- maioria na situação restante, com votos vencidos dos Conselheiros: Marco Antônio Martins de Araújo Filho (apenas quanto à nulidade da decisão), Darwin Corrêa, Johan Albino Ribeiro e Rita Maria Scarponi, inclusive diante do voto de qualidade do Sr. Presidente (art. 17 do Regimento Interno aprovado pelo Decreto 1935/96), em **a.4**; 5- votação múltipla no enfrentamento do mérito referentemente aos administradores – **c.1**, **c.4**, e **c.6**: quatro votos de arquivamento (Conselheiros: Marco Antônio Martins de Araújo Filho, Darwin Corrêa, Johan Albino Ribeiro e Rita Maria Scarponi), três votos de inabilitação temporária por um ano (Conselheiros: Daniel Augusto Borges da Costa, Marcos Galileu Lorena Dutra e Raul Jorge de Pinho Curro) e um voto de ratificação da pena primitiva (Conselheiro Felisberto Bonfim Pereira). Do cotejo do arquivamento com a inabilitação temporária por um ano, prevaleceu a sanção (vencidos, inclusive diante do voto qualitativo, os Conselheiros: Marco Antônio Martins de Araújo Filho, Darwin Corrêa, Johan Albino Ribeiro e Rita Maria Scarponi), resultado que se repetiu diante do afastamento do mercado por três anos (vencido o Conselheiro Felisberto Bonfim Pereira); **c.2**, **c.3**, e **c.5**: quatro votos de arquivamento (Conselheiros: Marco Antônio Martins de Araújo Filho, Darwin Corrêa, Johan Albino Ribeiro e Rita Maria Scarponi), dois votos de inabilitação temporária por um ano (Conselheiros Daniel Augusto Borges da Costa e Raul Jorge de Pinho Curro) e dois votos de afastamento do mercado por três anos (Conselheiros Marcos Galileu Lorena Dutra e Felisberto Bonfim Pereira). Comparando-se o arquivamento com a inabilitação temporária por três anos, preponderou a penalidade (vencidos, também perante o voto qualitativo, os Conselheiros: Marco Antônio Martins de Araújo Filho, Darwin Corrêa, Johan Albino Ribeiro e Rita Maria Scarponi), o que ocorreu novamente em face da punição mais gravosa (vencidos os Conselheiros Marcos Galileu Lorena Dutra e Felisberto Bonfim Pereira); e **c.7**: quatro votos de arquivamento (Conselheiros: Marco Antônio Martins de Araújo Filho, Darwin Corrêa, Johan Albino Ribeiro e Rita Maria Scarponi), um voto de inabilitação temporária por dois anos (Conselheiro Raul Jorge de Pinho Curro) e três votos de inabilitação temporária por três anos (Conselheiros: Daniel Augusto Borges da Costa Marcos Galileu Lorena Dutra e Felisberto Bonfim Pereira) e dois votos de afastamento do mercado por três anos (Conselheiros Marcos Galileu Lorena Dutra e Felisberto Bonfim Pereira). Ao se confrontar o arquivamento com a inabilitação temporária por dois anos, aflorou a punição (vencidos coerentemente os quatro conselheiros nominados no início – de igual sorte, em face do voto qualitativo), sendo esse o desfecho na apuração seguinte (vencidos os Conselheiros: Daniel Augusto Borges da Costa Marcos Galileu Lorena Dutra e Felisberto Bonfim Pereira); 6- os advogados presentes à sessão e constituídos de modo regular pelas partes deliberaram, por consenso, atribuir à advogada Dra. Marta Mítico Valente o mister de deduzir a defesa oral em prol dos interesses dos apelantes, o que efetivamente aconteceu.

Participaram do julgamento os seguintes Conselheiros: Drs. Daniel Augusto Borges da Costa, Darwin Corrêa, Felisberto Bonfim Pereira, Johan Albino Ribeiro, Marco Antônio Martins de Araújo Filho, Marcos Galileu Lorena Dutra, Raul Jorge de Pinho Curro e Rita Maria Scarponi. Presentes o Dr. Euler Barros Ferreira Lopes Procurador da Fazenda Nacional, e Marcos Martins de Souza, Secretário-Executivo do CRSFN.

Brasília, 12 de junho de 2008.

DANIEL AUGUSTO BORGES DA COSTA

Presidente

MARCO ANTÔNIO MARTINS DE ARAÚJO FILHO

RELATOR

EULER BARROS FERREIRA LOPES

Procurador da Fazenda Nacional

Ata publicada no DOU de 16.07.2008, seção I, fls.26 e 27.

ANEXO D - Decisões do CRSFN (2013-2012) sobre a incorporação societária como causa de extinção da punibilidade da pessoa jurídica incorporada (EPI).

Decisão Recorrida	CRSFN	Conclusão CRSFN
Processo PT9900981435	Recurso 4.466 (237ª Sessão, em 26/05/04)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (incorporação após a instauração do processo administrativo – manutenção dos mesmos administradores após a incorporação) -Condenação da pessoa jurídica (multa)
Processo PT0001026841	Recurso 4.654 (239ª Sessão, em 14/07/04)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (incorporadora sucede as obrigações da incorporada) - condenação da pessoa jurídica (advertência)
Processo PT 9900980481	Recurso 4.200 (244ª Sessão, em 14/12/04)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (incorporadora sucede as obrigações da incorporada)- absolvição da pessoa jurídica por outro fundamento (mérito)
Processo PT0001025543	Recurso 4.619 (246ª Sessão, em 23/02/05)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (reorganização societária) - absolvição da pessoa jurídica por outro fundamento (mérito)
Processo PT0101084395	Recurso 5.223 (265ª Sessão, em 20/09/06)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso - absolvição da pessoa jurídica por outro fundamento (TQCA)
Processo PT0201123440	Recurso 8.279 (280ª Sessão, em 29/01/08)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Procedência no caso (pessoalidade das penas) - absolvição da pessoa jurídica
Processo PT0101071131	Recurso 5.424 (285ª Sessão, em 12/06/08)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (incorporadora sucede as obrigações da incorporada) - Condenação da pessoa jurídica (advertência)
Processo PT0101071248	Recurso 5.455 (285ª Sessão, em 12/06/08)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Procedência no caso (pessoalidade das penas) - absolvição da pessoa jurídica
Processo PT0001060152	Recurso 8.302 (289ª Sessão, em 27/08/08)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (reorganização societária) - absolvição da pessoa jurídica por outro fundamento (pessoa jurídica como vítima de seus administradores)

Processo PT0001023142	Recurso 7.532 (290ª Sessão, em 29/09/08)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (incorporadora sucede as obrigações da incorporada) – absolvição por outro fundamento (mérito)
Processo PT0001046358	Recurso 7.544 (290ª Sessão, em 29/09/08)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (incorporadora sucede as obrigações da incorporada) - Condenação da pessoa jurídica (multa)
Processo PT 0601330996	Recurso 11.350 (291ª Sessão, em 17/10/08)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (reorganização societária) - condenação da pessoa jurídica
Processo CVM 34/00	Recurso 7.362 (292ª Sessão, em 28/10/08)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Procedência no caso (pessoalidade das penas) - absolvição da pessoa jurídica
Processo PT 0601331003	Recurso 11.576 (296ª Sessão, em 16/02/09)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (continuidade da infração após incorporação) - condenação da pessoa jurídica (multa)
Processo CVM RJ-2002-08479	Recurso 9.252 (300ª Sessão, em 21/05/09)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Procedência no caso (pessoalidade das penas) - absolvição da pessoa jurídica
Processo PT 0101097253	Recurso 5.898 (308ª Sessão, em 26/01/10)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (incorporadora sucede as obrigações da incorporada) – condenação da pessoa jurídica (multa)
Processo PT 0001026454	Recurso 6.200 (316ª Sessão, em 28/07/10)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Procedência no caso (pessoalidade das penas) - absolvição da pessoa jurídica
Processo PT 0401271623	Recurso 11.462 (324ª Sessão, em 22/02/11)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (não houve incorporação, mas transformação) - condenação da pessoa jurídica (multa)
Processo PT0601332374	Recurso 12.485 (325ª Sessão, em 15/03/11)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (incorporadora sucede as obrigações da incorporada) - condenação da pessoa jurídica
Processo PT0901440680	Recurso 12.774 (325ª Sessão, em 15/03/11)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (incorporadora sucede as obrigações da incorporada) - condenação da pessoa jurídica

Processo PT 0601331980	Recurso 11.877 (328ª Sessão, em 15/06/11)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (reorganização societária) - condenação da pessoa jurídica
Processo CVM 15/02	Recurso 11.747 (331ª Sessão, em 20/09/11)	Apesar de suscitada, não houve análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – absolvição da pessoa jurídica por outro fundamento (mérito)
Processo PT 0001034076	Recurso 7.521 (335ª Sessão, em 10/01/12)	Apesar de suscitada, não houve análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – não-configuração dos requisitos da TQCA no caso - Condenação da pessoa jurídica (multa)
Processo PT 0601333237	Recurso 12.416 (340ª Sessão, em 12/06/12)	Análise da incorporação como causa extintiva da punibilidade – Improcedência no caso (reorganização societária) - condenação da pessoa jurídica

- Casos em quem suscitada a questão da incorporação societária como causa de extinção da punibilidade da pessoa jurídica incorporada (EPI), ao CRSFN, seja por recurso de ofício de decisão absolutória que teve esse fundamento, seja por recurso voluntário que tinha essa tese (pesquisa pelos termos “*incorporação extinção punibilidade*”, “*art. 5º XLV*” e “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*”, na base de decisões do site do CRSFN), no período de 2003-2012:

- 24 casos no total (Recursos 4.466, 4.654, 4.200, 4.619, 5.223, 8.279, 5.424, 5.455, 8.302, 7.532, 7.544, 11.350, 7.362, 11.576, 9.252, 5.898, 6.200, 11.462, 12.485, 12.774, 11.877, 11.747, 7.521 e 12.416)

- Somente em 02 casos (Recursos 11.474 e 7.521), apesar de a questão da EPI ter sido suscitada nos autos, não houve enfrentamento da tese na decisão do CRSFN;

- Nos 22 casos restantes, houve enfrentamento da tese da EPI;

- Em 5 decisões, o CRSFN reconheceu a procedência da tese da EPI e entendeu pela absolvição da pessoa jurídica (Recursos 8.279, 5.455, 7.362, 9.252 e 6.200);

- Em 17 decisões, o CRSFN reconheceu a improcedência da tese da EPI e não reconheceu a absolvição da pessoa jurídica incorporada (Recursos 4.466, 4.654, 4.200, 4.619, 5.223, 5.424, 8.302, 7.532, 7.544, 11.350, 11.576, 5.898, 11.462, 12.485, 12.774, 11.877 e 12.416);

- Dessas 17 decisões em que o CRSFN reconheceu a improcedência da tese da EPI e não reconheceu a absolvição da pessoa jurídica incorporada, 08 decisões se fundamentaram no entendimento de que a incorporadora sucede a incorporada em todas as suas obrigações (Recursos 4.654, 4.200, 5.424, 7.532, 7.544, 5.898, 12.485 e 12.774), 05 decisões se fundamentaram no entendimento de que a incorporação no bojo de uma reorganização dentro de um mesmo grupo societário não extingue a punibilidade da pessoa jurídica incorporada (Recursos 4.619, 8.302, 11.350, 11.877 e 12.416) e 04 decisões se fundamentaram em razões outras (Recurso 4.466 - incorporação após a instauração do processo administrativo – manutenção dos mesmos administradores após a incorporação ;Recurso 5.223 – TQCA;

Recurso 11.576 – continuidade do cometimento da infração pela pessoa jurídica incorporada; e Recurso 11.462 – não se tratava de incorporação, de mudança no objeto social da pessoa jurídica).

ANEXO E - Acórdão proferido pela CVM no julgamento do PAS CVM RJ2006/3364

**SESSÃO DE JULGAMENTO
DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
CVM Nº RJ2006/3364**

- Acusados:** MTEL Tecnologia Ltda.
Rubens do Amaral Júnior
Valdir Bignardi
- Ementa:** **Realização de oferta pública de valores mobiliários sem o devido registro na CVM. Violação ao disposto no art. 19, *caput*, da Lei 6.385/76; art. 1º da Instrução 270/98; e art. 3º, *caput*, da Instrução 296/98. Multa e absolvições.**
- Decisão:** Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e no art. 11 da Lei nº 6.385/76, decidiu:
1. por unanimidade de votos, aplicar à MTEL Tecnologia Ltda. a pena de multa pecuniária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por violação do art. 19, *caput*, da Lei nº 6.385/76, do art. 1º da Instrução CVM nº 270/98 e do art. 3º, *caput*, da Instrução CVM nº 296/98, considerando-se na imposição dessa pena, embora seja muito grave a infração, as atenuantes referentes ao fato de que algum tipo de relação entre os investidores e a MTEL existia em muitos casos;
 2. por maioria de votos, absolver os acusados Rubens do Amaral Júnior e Valdir Bignardi, representantes legais da MTEL, das imputações que lhes foram formuladas restando vencido neste particular o diretor Eli Loria, que propusera sua condenação ao pagamento de multa individual no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); e
 3. O resultado deste julgamento deve ser comunicado à Procuradoria da República no Estado de São Paulo.

A acusada punida terá um prazo de 30 dias, a contar do recebimento de comunicação da CVM, para interpor recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do parágrafo único do artigo 14 da Resolução CMN nº 454/77.

A CVM oferecerá recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional no tocante às absolvições proferidas.

Presente o procurador-federal Clóvis Silva de Souza, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Presentes os diretores Pedro Oliva Marcilio de Sousa, Eli Loria, Maria Helena de Santana e o presidente da CVM Marcelo Fernandez Trindade, relator e presidente da sessão.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2007.

Marcelo Fernandez Trindade

Relator e Presidente da Sessão de Julgamento

RELATÓRIO

Senhores Membros do Colegiado,

1. Trata-se de Termo de Acusação apresentado pela Superintendência de Registros de Valores Mobiliários ("SRE"), em 28.04.2006 (fls. 154 a 165), contra a MTel Tecnologia LTDA. ("MTel Tecnologia" ou "Acusada"), e seus administradores, Rubens do Amaral Júnior e Valdir Bignardi, (todos, conjuntamente, denominados "Acusados") por violação ao disposto no art. 19, *caput*, da Lei 6.385/76¹; art. 1º da Instrução 270/98²; e art. 3º, *caput*, da Instrução 296/98³, em decorrência da realização de oferta pública de valores mobiliários (contratos de investimento coletivo) sem o devido registro.

Origem

2. A MTel Tecnologia, constituída como sociedade limitada em 1996, com sede na cidade de Barueri, Estado de São Paulo, tem como atividades o desenvolvimento, a implementação, o suporte de projetos e a integração de sistemas de informática e telecomunicações (fls. 12).

3. Em 10.05.2004, a Mellon Serviços Financeiros DTVM S/A. ("Mellon DTVM") protocolou na CVM pedido de constituição de um fundo de investimentos em direitos creditórios ("FIDC"), a ser constituído com base na Instrução 359/01, cujos recebíveis seriam lastreados em créditos vinculados à prestação futura de serviços por parte da MTel Tecnologia, pedido esse objeto do Processo CVM 2004/3025.

4. Em pesquisa realizada em 01.09.2004, a Gerência de Acompanhamento de Investidores Institucionais 2 (GII) constatou que, na página da rede mundial de computadores de responsabilidade da Acusada, de endereço "www.mtel.com.br" ("Portal Eletrônico"), eram oferecidas algumas modalidades de investimento, dentre as quais o denominado "MInvest" (fls.03).

5. Conforme descrito nas páginas extraídas do Portal Eletrônico da Acusada, o MInvest consistiria em um *"produto de investimento seguro e rentável, que já arrecadou em apenas um ano de vida mais de R\$ 20 milhões. Tranquilidade ao investidor e lucros que equivalem a 35 % ao ano"*(fls. 03 e 04).

Relato de Inspeção

6. Em 16.09.2004, a fim de verificar a regularidade da oferta realizada pela Acusada através do MInvest, a Superintendência de Relações com Investidores Institucionais ("SIN"), solicitou a realização de fiscalização, a qual resultou na elaboração do Relatório de Inspeção CVM/SFI/GFE-4/Nº 021/2004 ("Relatório de Inspeção"), presente às fls. 041 a 057. O principal objetivo dessa inspeção foi o de identificar as características do produto de investimento "MInvest" e a possível necessidade de obtenção de autorização para seu regular funcionamento, seja através do Ministério da Fazenda, ou de prévio registro perante a CVM.

7. O Relatório de Inspeção elucida os principais aspectos que caracterizam o funcionamento do MInvest, dentro os quais se destacam:

- i. o investimento consistiria em seis opções de investimento publicamente ofertadas através do Portal Eletrônico da MTel Tecnologia e diferenciadas por critérios de amortização e distribuição de resultados; quais sejam: (a) Standard; (b) Bullet; (c) Lump; (d) Standard Plus; (e) Bullet Plus; e (f) Lump Plus; 4
- ii. os dados indicativos relativos à rentabilidade do MInvest mostravam-se acima dos principais rendimentos oferecidos no mercado;
- iii. a proposta baseava-se na formação de uma sociedade em conta de participação entre o investidor e a MTel Tecnologia, cujos aportes para aplicação girariam entre R\$ 5.000,00 e US\$ 20.000,00; e, após sua constituição, entre R\$ 20.000,00 e US\$ 10.000,00 (fls. 68 a 78); e
- iv. o lastro do MInvest seria consistente em contratos de médio e longo prazo, firmados entre a MTel Tecnologia e outras operadoras de telecomunicação. Ademais, o investimento seria aberto a pessoas físicas ou jurídicas em geral e regido através de uma sociedade em conta de participação criada nos moldes citados no item 06 (iii).

8. Apesar dessas informações, o responsável pela inspeção apontou que, em visita realizada na sede da MTel Tecnologia, lhe foi afirmado por Flávio Rossini, identificado como diretor de finanças da Acusada, que o MInvest seria oferecido única e exclusivamente a pessoas físicas ou jurídicas que lhes fossem extremamente próximas, e não ao público em geral, conforme restou constatado.

9. Também segundo tais afirmações o valor apurado através do MInvest seria direcionado para a capitalização da MTel Tecnologia, com vistas à aquisição de equipamentos para melhor consecução do seu objeto social.

10. Como garantias aos investidores, de acordo com o enunciado no Instrumento Particular de Constituição de Sociedade em Conta de Participação nº C021yyy ("Contrato"), constam:

- i. que a MTel Tecnologia comprometer-se-ia a manter os recebimentos decorrentes de suas operações, em conta corrente especificada no próprio Contrato; e
- ii. como garantia complementar, a Acusada daria, a título de caução dos valores aplicados, os equipamentos adquiridos com os valores auferidos pelo MInvest.

Da Manifestação da MTel Tecnologia

12. Em 29.10.2004, em resposta ao pedido de esclarecimentos encaminhado pela fiscalização da CVM, a MTel Tecnologia apresentou sua manifestação a respeito da caracterização do MInvest (fls. 58 a 66).

13. A Acusada elucidou que as denominações utilizadas como categorias de investimento do MInvest, tais como descritas no item 07, representavam, especificamente, as possíveis formas de relacionamento entre o sócio-investidor e o sócio-ostensivo da sociedade em conta de participação a ser criada, no caso a própria MTel Tecnologia.

14. Em relação ao material disposto no Portal Eletrônico e relacionado ao MInvest, presente às fls. 04, a Acusada afirmou que esse tinha como propósito informar aos potenciais participantes aspectos quanto às suas peculiaridades e não divulgá-lo como produto de investimento ao mercado. Isso, inclusive, sob a alegação de que as informações estariam disponíveis *"exclusivamente aos atuais participantes das SCPs e a pessoas do relacionamento direto e próximo dos sócios da Mtel."* (fls. 59). Diante desse aspecto, a Acusada reiterou que a captação de recursos que realizara através do MInvest caracterizar-se-ia como privada.

Da Manifestação da Procuradoria Federal Especializada

15. Em resposta ao MEMO/SRE/GER-3/B Nº 1/2006, datado de 03.01.2006, a Procuradoria Federal Especializada – CVM ("PFE") emitiu seu parecer (fls. 108 a 110), no qual aborda os principais aspectos referentes à caracterização ou não da oferta do MInvest como pública, bem como a natureza jurídica dos títulos emitidos pela MTel Tecnologia através da sociedade em conta de participação então criada.

16. Compreendeu-se, de acordo com os mesmos fundamentos apresentados no MEMO/PFE-CVM/GJU-2 nº 170/2005, pela configuração da oferta realizada, seja via página na Internet ou correio eletrônico, como pública. Isso sob o fundamento de que há, em ambas situações, uma grande potencialidade de acesso a um número considerável de investidores.

17. Em relação à natureza jurídica do MInvest, entendeu-se pela sua configuração como valor mobiliário, submetido, portanto, a prévio registro na CVM para sua negociação. Ademais, observou-se que as características do MInvest seriam semelhantes à de um FIDC, cujas cotas se enquadrariam na categoria descrita no inciso IX, art. 2º, da Lei 6.385/76⁵.

18. Além da caracterização da emissão realizada pela Acusada como ilícito administrativo, apreendeu-se pela tipicidade da conduta dos administradores da MTel Tecnologia, de acordo com o inciso II, do art. 7º da Lei 7.492/86⁶, que prevê os crimes contra o sistema financeiro nacional

Do Pedido de Esclarecimento aos Investidores

19. Com a finalidade de esclarecer a caracterização da oferta realizada pela MTel Tecnologia, a SIN encaminhou o OFÍCIO/CVM/SRE/GER-3/Nº 198/2006, datado de 01.02.2006, aos então investidores da sociedade em conta de participação criada e administrada pela MTel Tecnologia: (i) Edílson dos Reis; (ii) Emerson de Estefano; (iii) Enrico Zulian Pancioli; (iv) Felipe Fauze Mattar; (v) Helder de Azevedo; (vi) Luiz Scarpelli Filho; (vii) Marcelo Naoki Ikeda; (viii) Miguel de Maria Júnior; (ix) Otávio Lazarini Barbosa; (x) Sebastião Sardelli; (xi) Vitor Levy Castex Aly; (xii) Vittorino Ercole Datrino; (xiii) Werner Hess; e (xiv) Maurício Almeida Blanco, além da MTel Tecnologia (fl. 111 a 126).

20. Em resposta aos questionários encaminhados, os investidores (i) Enrico Zulian Pancioli; (ii) Felipe Fauze Mattar; (iii) Helder de Azevedo (iv) Miguel de Maria Júnior; (v) Otávio Lazarini Barbosa; (vi) Sebastião Sardelli; (vii) Vitor Levy Castex Aly; e (viii) Maurício Almeida Blanco, acrescidos à MTel Tecnologia, enviaram seus esclarecimentos (fls. 128 a 151), cujos principais aspectos relacionam-se à proximidade que possuíam, como investidores, da MTel Tecnologia, e à enunciação do valor investido por cada no MInvest.

Do Termo de Acusação

21. Em 28.04.06, foi apresentado, pela SRE, termo de acusação contra a MTel Tecnologia e seus administradores, (fls. 154 a 163). A conclusão, tal como enunciada no termo de acusação, corrobora o entendimento expresso pela PFE, conforme enunciado entre os itens 15 a 18, acerca da caracterização como pública da oferta realizada pela Acusada, nos termos do art. 3º da Instrução 400/03⁷.

22. Nesse sentido, verificada a presença de indícios de autoria e materialidade da conduta descrita no inciso II, art. 7º, da Lei 7.492/86⁸, comunicou-se ao Ministério Público Federal para que, se entendendo caracterizada a conduta prevista no referido dispositivo, procedesse à propositura da ação penal pública correspondente à conduta realizada.

Da Defesa dos Acusados

23. Os Acusados ofereceram, em 29.06.2006, conjuntamente, sua de defesa (fls. 200), na qual refutam os aspectos apontados no termo de acusação, sob os seguintes fundamentos.

24. Quanto à utilização do MInvest, alega-se não ter havido prejuízo ou sequer qualquer reclamação por parte dos investidores em relação à sociedade em conta em participação criada. Ademais, a Acusada sustenta que, caso tivesse por intuito burlar a norma regulamentar da CVM para captação de recursos, jamais teria iniciado, com a participação da Mellon, o processo de registro de um FIDC, nos termos da Instrução 359/01, e conforme descrito nos itens 03 e 04.

25. A respeito das informações referentes ao MInvest presentes no Portal Eletrônico da Acusada, conforme demonstram às fls. 04, alega-se que, na verdade, tal divulgação externa à MTel Tecnologia somente teria ocorrido em razão de um erro técnico dos integrantes da Acusada. O objetivo dos administradores do MInvest, nesse sentido, seria disponibilizar tais informações somente na rede interna da Acusada, e não ao público em geral através da rede mundial de computadores, como de fato aconteceu, conforme constatado pela Gerência de Acompanhamento de Investidores Institucionais 2.

26. Em relação à caracterização da oferta como privada, sustenta-se que, em nenhum momento, a MTel Tecnologia pretendeu realizá-la publicamente, inclusive tendo em vista o fato de que a lista de investidores do MInvest seria integralmente composta por pessoas de estreito e habitual relacionamento com a Acusada, conforme alega às fls. 206 a 208.

27. A defesa também sustenta que o princípio que baliza a vedação à distribuição de valores mobiliários sem prévio registro é o da defesa do princípio maior do *disclosure*, ou seja, de garantir aos investidores o acesso a toda e qualquer informação relevante ao investimento a ser realizado. Nesse sentido, sustenta que, diante da proximidade dos investidores do MInvest à MTel Tecnologia, tal objetivo fora plenamente atendido.

28. Em acréscimo à não-caracterização como pública da oferta realizada, os Acusados afirmam ter agido com a máxima boa-fé, na medida em que eles não teriam concebido o MInvest com intuito de fraudar o sistema de registro da CVM.

29. Quanto à responsabilidade imputada a Rubens do Amaral Júnior e Valdir Bignardi, argumenta-se que o termo de acusação formulado não observou o princípio da culpabilidade ao realizar tais imputações, por não ter

individualizado a responsabilidade que seria atribuível a cada um dos acusados. Assim, diante do não-atendimento a esse preceito quando da elaboração do termo de acusação, alega-se que os Acusados devem ser considerados ilegítimos para figurar no presente processo administrativo.

30. Por fim, todos os Acusados protestaram pela celebração de termo de compromisso, de acordo com a Lei 6.385/76 e com a Deliberação 390/01.

Da Proposta de Termo de Compromisso dos Acusados

31. Os Acusados apresentaram, em 28.07.2006, proposta de termo de compromisso (fls. 221 a 223), alegando, em primeiro lugar, que não teria ocorrido qualquer dano aos investidores ou ao mercado de valores mobiliários. Ademais, foram apresentados os demais fundamentos já dispostos em sua defesa conjunta, em relação à não-realização de oferta pública de valores mobiliários, conforme relatado entre os itens 23 a 30,

33. Assim, os Acusados se comprometeram a:

- i. custear, a dois servidores da CVM, a participação no curso de especialização em direito societário da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, no valor de 20.000,00 cada; e
- ii. compensar a CVM pelos custos incorridos no presente processo administrativo, pagando o valor de R\$ 60.000,00.

Da Manifestação da PFE sobre o Termo de Compromisso

34. Em 10.08.2006, a PFE manifestou-se contrariamente à celebração do termo de compromisso, sob o fundamento de que não teria sido cessada a prática da atividade reputada ilícita, no caso, a oferta pública de valores mobiliários, em descumprimento ao inciso I, § 5º, da Lei 6.385/76⁹. Em discordância ao parecer de fls. acima citadas, o Despacho ao MEMO PFE-CVM/GJU-1/Nº 326/06, presente às fls. 229, entendeu atendido o requisito do inciso I, § 5º, do art. 11, da Lei 6.385/76, tendo em vista que não seria exigível da Acusada extinguir as sociedades em conta de participação utilizadas para a captação de recursos, mas sim a cessação da publicidade referente à oferta de tais valores.

Do Parecer do Comitê de Termo de Compromisso

35. Em acréscimo ao apontado pela PFE, conforme relatado no item 34, o Comitê de Termo de Compromisso manifestou-se, em 20.09.2006 (fls. 232 a 243), contrariamente à aceitação da proposta de termo de compromisso, considerando-a desproporcional ao dano que teria sido causado ao mercado.

36. Além disso, entendeu-se não restar atendido o requisito constante no inciso I, § 5º, da Lei 6.385/76¹⁰, acerca da cessação da atividade ilícita realizada, na medida em que as sociedades em conta de participação então utilizadas pela Acusada para a captação de recursos frente ao público ainda se encontravam em atividade.

Da Decisão do Colegiado sobre o Termo de Compromisso

37. O Colegiado, em reunião datada de 24.10.2006, manifestou-se (fls. 245 e 246) contrariamente à celebração do termo de compromisso, Acusados na forma do parecer do Comitê de Termo de Compromisso.

É o Relatório.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2007.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente e Relator

PROCESSO ADMINISTRATIVO CVM RJ 2006/3364

Acusados: MTel Tecnologia LTDA.

Rubens do Amaral Júnior

Valdir Bignardi

Relator: Presidente Marcelo Fernandez Trindade

VOTO

Senhores Membros do Colegiado,

1. Trata-se de Termo de Acusação apresentado pela Superintendência de Registros de Valores Mobiliários, em 28.04.2006 (fls. 154 a 165), contra a MTel Tecnologia e seus administradores, Rubens do Amaral Júnior e Valdir Bignardi, por violação ao disposto no art. 19, *caput*, da Lei 6.385/76¹¹; art. 1º da Instrução 270/98¹²; e art. 3º, *caput*, da Instrução 296/98¹³, em decorrência da suposta realização de oferta pública de valores mobiliários sem o devido registro.

2. Como se viu do Relatório, a acusação entende que a oferta, pela Internet, de participação em sociedade em conta de participação, constitui oferta pública de valores mobiliários, na forma do art. 2º, IX, da Lei 6.385/76. Portanto, como tal oferta, no caso, teria sido feita sem registro na CVM, as normas apontadas teriam sido violadas.

3. Como também se viu do Relatório, a defesa sustenta que as participações não constituiriam valores mobiliários, e que a oferta não teria sido pública, mas apenas a pessoas que mantinham alguma relação com a MTel Tecnologia.

4. O inciso IX, do art. 2º, da Lei 6.385/76, inserido pela reforma de 2001 (Lei 10.303/01), adicionou ao rol de valores mobiliários ali estabelecido um tipo genérico, inspirado na Medida Provisória 1.637/98, que se

convertera na Lei 10.198/01 e disciplinara os contratos de investimento coletivo, estabelecendo: *"São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros"*.

5. Vê-se, assim, que são quatro os principais requisitos que devem ser preenchidos para o preenchimento desse conceito amplo de valor mobiliário: (i) o seu oferecimento público; (ii) sua caracterização como título ou contrato de investimento coletivo; (iii) a relação de participação ou remuneração assegurada ao adquirente, frente ao emissor; e (iv) tais rendimentos resultarem do esforço do emissor ou de terceiro – isto é, não resultarem do esforço do adquirente.

6. Quanto ao fato de a utilização da Internet constituir meio de realizar oferta pública, não parece haver qualquer dúvida. A Instrução 400/03, que dispõe sobre as ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários nos mercados primário e secundário, define, em seu art. 3º, os atos que caracterizariam uma determinada oferta como pública, referindo-se, no inciso IV, à: *"utilização de publicidade, oral ou escrita, cartas, anúncios, avisos, especialmente através de meios de comunicação de massa ou eletrônicos (páginas ou documentos na rede mundial ou outras redes abertas de computadores e correio eletrônico), entendendo-se como tal qualquer forma de comunicação dirigida ao público em geral com o fim de promover, diretamente ou através de terceiros que atuem por conta do ofertante ou da emissora, a subscrição ou alienação de valores mobiliários."* (grifos nossos).

7. Os acusados alegam que a oferta destinava-se apenas a pessoas que tinham com eles prévia relação. Buscam, assim, abrigo na exceção prevista no próprio art. 3º da Instrução 400/03, que em seu § 1º estabelece que, *"[p]ara efeito desta Instrução, considera-se como público em geral uma classe, categoria ou grupo de pessoas, ainda que individualizadas nesta qualidade, ressalvados aqueles que tenham prévia relação comercial, creditícia, societária ou trabalhista, estreita e habitual, com a emissora"*. (grifos nossos).

8. O regulador, ao estabelecer tal exceção, considerou, evidentemente, que um grupo determinado de agentes que mantivessem relacionamento de natureza comercial e habitual frente à sociedade emissora possuiria as informações necessárias à realização do investimento, Acusados, afastando a necessidade de intervenção estatal.

9. No caso concreto, contudo, da oferta pela Internet não constava qualquer restrição, sendo claramente dirigida ao público em geral, consistindo em seis diferentes classes de investimento (Standard, Bullet, Lump, Standard Plus, Bullet Plus e Lump Plus), com valores mínimos de investimento e, ainda, com promessas de rentabilidade, como se vê da seguinte passagem: *"produto de investimento seguro e rentável, que já arrecadou em apenas um ano de vida mais de R\$ 20 milhões. Tranquilidade ao investidor e lucros que equivalem a 35 % ao ano"* (fls. 03 e 04).

10. O fato de todos os investidores que responderam aos ofícios enviados pela CVM (fls. 51 e 52) terem declarado possuir relacionamento próximo à MTeI Tecnologia ou a seus administradores pode ser considerado na dosimetria da pena, mas é insuficiente para afastar a caracterização da oferta pública, tendo em conta a maneira pela qual foi realizada.

11. A alegação dos acusados de que a divulgação em seu portal eletrônico deu-se por um *equivoco técnico* (fls. 205 e 206) não convence, tendo em vista, inclusive, o texto da oferta, claramente destinada ao público em geral. Veja-se mais essa passagem do texto exibido na rede mundial de computadores: *"O MInvest possibilita ao interessado ter um excelente retorno financeiro ao investir a partir de R\$ 50 mil, com prazos mínimos de 24 meses. O investidor receberá mensalmente o pagamento de parte de devolução do capital investido e o lucro auferido, já a partir do 1º mês do fechamento do contrato. O retorno médio líquido (já pagos os impostos) do MInvest em 2003 ficou acima de 30% ao ano."* (grifos nossos) (fls. 11).

12. Resta saber, então, se as participações ofertadas, em sociedade em conta de participação, se caracterizam como *"títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros"*, a teor do inciso IX do art. 2º da Lei 6.385/76.

13. Apesar do nome, a sociedade em conta de participação é uma sociedade não personificada – na dicção do novo Código Civil –, ou sociedade de fato, como antes se dizia. Quer isto dizer que não se trata de pessoa jurídica, com personalidade própria, mas de mero ajuste contratual, que produz efeito apenas entre as partes contratantes. Na sociedade em conta de participação há duas espécies de sócios: o sócio ostensivo, que exerce a atividade da sociedade *"em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade"* (CC., art. 991), sendo o único que se obriga perante terceiros (CC., art. 991, par. único), e os sócios participantes, que se obrigam apenas perante o sócio ostensivo, e participam dos resultados do negócio por este conduzido (CC., art. 991 e seu par. único).

14. Assim, embora falte personalidade jurídica à sociedade em conta de participação, não há dúvida de que nelas os sócios participantes investem recursos para que o sócio ostensivo exerça o objeto social com exclusividade (CC., art. 991), participando dos resultados. Tal contrato, portanto, confere aos sócios participantes *direito de participação em rendimentos que advêm do esforço do empreendedor*, e se é ofertado a diversas pessoas, e

publicamente, preenche os requisitos de que trata o inciso IX do art. 2º da Lei 6.385/76 para caracterizar-se como *contrato de investimento coletivo*.

15. Superada a discussão acerca da caracterização do MInvest como valor mobiliário, e sendo confessa a inexistência de registro da distribuição pública realizada, cumpre analisar as condutas dos acusados, em relação à oferta tal qual realizada.

16. Os Acusados Rubens do Amaral Júnior e Valdir Bignardi alegam a atipicidade de suas condutas, como administradores da MTel Tecnologia (fls. 214 e 215). No caso, entretanto, o Termo de Acusação não indica qual seria a conduta que levaria à responsabilização desses Acusados na qualidade de administradores, o que, a meu ver, impossibilita a aplicação de qualquer penalidade. Esse entendimento vem sendo seguido pelo Colegiado, conforme se pode observar dos seguintes processos sancionadores que trataram de casos similares: 2002/0002, julgado em 17.01.07; 2005/5038, julgado em 03.10.06 e; 2003/0029, julgado em 16.01.07.

17. Esse ponto relativo à imputação que foi feita aos dois sócios-gerentes, administradores dessa sociedade limitada que é a MTEL, é interessante. Não se imputou no Termo de Acusação nenhuma conduta específica a essas duas pessoas. Apenas se disse que elas estão sendo acusadas porque são os representantes legais da sociedade, e a sociedade praticou através deles, por meio deles, o ilícito. Esses dois administradores inclusive confessaram que tinham plena ciência dos fatos, sendo indubitoso que eles realmente executaram a ação em nome da sociedade.

18. Eles atuaram, como gosta de dizer a doutrina mais sofisticada, como representantes da sociedade. Eles foram as pessoas que permitiram que a sociedade praticasse o ato, exteriorizasse seu ato. Ensina Pontes de Miranda: *"Nas funções externas, não se pode dizer que a Diretoria seja representante legal, ou tenha posição de representante legal. Não é representante: como órgão, nas relações internas, administra, dirige, gere; nas relações externas, apresenta. Não se pode equiparar a essa posição jurídica a do pai, do tutor ou do curador, que representa a pessoa absolutamente incapaz; a fortiori, a de quem apenas assiste ao relativamente incapaz. Entre a sociedade por ações e o diretor ou os diretores, não há, tão-pouco, relação jurídica de contrato de trabalho ou locações de serviços. Na missão de organizar a sociedade por ações, a assembléia geral, que é órgão da sociedade por ações, cria a Diretoria, que também é órgão."* (Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo L, Ed. Revista dos Tribunais, p. 385, São Paulo, 1984).

19. A CVM está acusando a sociedade, o que me parece correto, porque afinal de contas a sociedade é a emissora, foi quem fez a oferta irregular. Os seus representantes, ou representantes, antes não regulados, não exercem funções ou administração no mercado de capitais, para que pudessem ser punidos pelo que deveriam ter feito nessa qualidade. Estão aqui apenas como língua ou braço da sociedade, e acusá-los e puni-los não me parece fazer muito sentido.

20. Outra alternativa seria dizer que os representantes foram co-autores da distribuição pública. Quer dizer, que eles atuaram em conjunto com a sociedade, permitindo que a sociedade praticasse o ato ou colaborando de alguma forma na prática do ato. Mas não é o caso. Eles, na verdade, apenas fizeram apenas com que a sociedade praticasse o ato. Eles não atuaram em paralelo, não praticaram alguns atos necessários para que a sociedade praticasse o ato. Não foram co-autores ou cúmplices nesse sentido. Assim, voto pela não apenação dos administradores da sociedade.

21. Por sua vez, há que se considerar, na dosimetria das penas, não apenas o fato já mencionado que os investidores que responderam aos ofícios da CVM mantinham algum tipo de relação com a MTel Tecnologia, mas o fato de a oferta pública ter cessado tão logo a CVM atuou para reprimi-la.

Conclusão

22. Por todo o exposto, entendo constatada a realização de oferta pública de valores mobiliários, em violação ao disposto no art. 19, *caput*, da Lei 6.385/76¹⁴; art. 1º da Instrução 270/98¹⁵; e art. 3º, *caput*, da Instrução 296/98, e considerando as atenuantes mencionadas no item 18 acima, voto pela aplicação da pena de multa à MTel Tecnologia, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), na forma do inciso I do § 1º do art. 11 da Lei 6.385/76.

23. Voto pela absolvição dos demais Acusados.

24. O resultado deste julgamento deve ser comunicado à Procuradoria da República no Estado de São Paulo. É como voto.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2007.

Marcelo Fernandez Trindade
Presidente-Relator

1 "Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão."

2 "Somente poderão emitir títulos ou contratos de investimento coletivo para distribuição pública as sociedades constituídas sob a forma de sociedade anônima."

3 "Nenhuma emissão pública de títulos ou contratos de investimento coletivo poderá ser distribuída no mercado sem prévio registro na CVM, que será condicionado ao cumprimento das seguintes obrigações."

4 As modalidades de investimento que consistiriam em espécies do MInvest eram denominadas (a) Standard; (b) Bullet; (c) Lump; (d) Standard Plus; (e) Bullet Plus; e (f) Lump Plus. Essas divisões referir-se-iam aos modos de distribuição dos resultados, conforme explicado às fls. 04 e 42.

5 "São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros."

6 "Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados."

7 "São atos de distribuição pública a venda, promessa de venda, oferta à venda ou subscrição, assim como a aceitação de pedido de venda ou subscrição de valores mobiliários, de que conste qualquer um dos seguintes elementos: I - a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios, destinados ao público, por qualquer meio ou forma; II - a procura, no todo ou em parte, de subscritores ou adquirentes indeterminados para os valores mobiliários, mesmo que realizada através de comunicações padronizadas endereçadas a destinatários individualmente identificados, por meio de empregados, representantes, agentes ou quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, integrantes ou não do sistema de distribuição de valores mobiliários, ou, ainda, se em desconformidade com o previsto nesta Instrução, a consulta sobre a viabilidade da oferta ou a coleta de intenções de investimento junto a subscritores ou adquirentes indeterminados; III - a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público destinada, no todo ou em parte, a subscritores ou adquirentes indeterminados; ou IV - a utilização de publicidade, oral ou escrita, cartas, anúncios, avisos, especialmente através de meios de comunicação de massa ou eletrônicos (páginas ou documentos na rede mundial ou outras redes abertas de computadores e correio eletrônico), entendendo-se como tal qualquer forma de comunicação dirigida ao público em geral com o fim de promover, diretamente ou através de terceiros que atuem por conta do ofertante ou da emissora, a subscrição ou alienação de valores mobiliários. §1º Para efeito desta Instrução, considera-se como público em geral uma classe, categoria ou grupo de pessoas, ainda que individualizadas nesta qualidade, ressalvados aqueles que tenham prévia relação comercial, creditícia, societária ou trabalhista, estreita e habitual, com a emissora".

8 "Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados."

9 "A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários."

10 "A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários."

11 "Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão."

12 "Somente poderão emitir títulos ou contratos de investimento coletivo para distribuição pública as sociedades constituídas sob a forma de sociedade anônima."

13 "Nenhuma emissão pública de títulos ou contratos de investimento coletivo poderá ser distribuída no mercado sem prévio registro na CVM, que será condicionado ao cumprimento das seguintes obrigações."

14 "Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão."

15 "Somente poderão emitir títulos ou contratos de investimento coletivo para distribuição pública as sociedades constituídas sob a forma de sociedade anônima."

Voto proferido pela diretora Maria Helena de Santana na Sessão de Julgamento do dia 16 de maio de 2007.

Eu acompanho o seu voto, senhor presidente.

Maria Helena de Santana
Diretora

Voto proferido pelo diretor Pedro Oliva Marcilio de Sousa na Sessão de Julgamento do dia 16 de maio de 2007.

01. Eu acompanho o seu voto, Sr. Presidente, mas gostaria de fazer um aprofundamento da análise da motivação para se absolver os administradores no caso concreto, até porque eu fui o relator dos três precedentes citados. Neles, disse o seguinte:

"128. Quanto a Ricardo Alberto Sánchez Pagola, ele foi indiciado por ser o diretor responsável, na Finambrás, por operações na BM&F. No caso concreto, no entanto, a Finambrás atuava como investidora e não exercendo uma atividade regulada. Dessa forma, a responsabilidade do indiciad[o] seria a mesma de um diretor de uma pessoa jurídica em situação semelhante. Por esse motivo, para que a acusação pudesse prosperar deveria a acusação ter imputado ao indiciado alguma conduta própria. O que se vê da acusação, no entanto, é que sua responsabilidade derivaria, pura e simplesmente, do cargo exercido. Essa responsabilização não me parece admissível pelo ordenamento jurídico nacional, o que já foi reconhecido pelo Colegiado no PAS 2005/5038, julgado em 03.10.06, item 26, e no PAS 29/03, julgado em 16.01.07. Deve-se, portanto, absolver esse indiciado" (IA 02/02, julgado em 17.01.07).

"26. A primeira questão a ser resolvida é puramente jurídica e é prévia à análise dos fatos: Pode a CVM punir o administrador (Mauro Halpern) de uma sociedade (Prisma Private Risk Management Ltda), por infrações cometidas por essa sociedade, quando ele não é o diretor responsável, sem comprovar a participação desse administrador na conduta da sociedade? Em outras palavras, poderia a CVM aplicar, por analogia, as regras impostas ao diretor-responsável, que tem o dever de assegurar o cumprimento da legislação (ou de criar procedimentos para assegurar o cumprimento da legislação)? Parece-me que não, pois nesse caso a omissão não é juridicamente relevante (seguindo a regra do art. 13, §2º do Código Penal) e, portanto, a imputação de responsabilidade ao diretor segue as regras da responsabilização subjetiva clássica" (PAS 2005/5038, julgado em 03.10.06).

"111. Adicionalmente, no caso concreto, as operações foram realizados no SOMA e não na bolsa de valores. Além disso, não há nem mesmo indícios que indicam a atuação da Hedging-Griffo ou de Eduardo Brenner em desconformidade com os princípios elencados na Instrução 220/94. Dessa forma, não há outra alternativa que não absolver os indiciados.

112. Com relação às duas imputações remanescentes, no que se refere às pessoas físicas imputadas, não lhes é apontada qualquer conduta própria, nem lhes é atribuída qualquer responsabilidade por atividade exercida no mercado de valores mobiliários pela pessoa jurídica (ou seja, não são responsáveis, em sede administrativa por atividade regulada pela CVM). A responsabilidade deles derivaria, pura e simplesmente, do fato de serem representantes da pessoa jurídica" (IA 29/03, julgado em 16.01.07).

02. Esses precedentes, por mim relatados, tratam, sem diferenciar, de duas situações distintas. Uma, cuja jurisprudência já se encontra amplamente pacificada (inexistência de responsabilidade objetiva perante a CVM)¹ e 2 e outra pouco explorada (impossibilidade de se apenar, simultaneamente, pessoa jurídica e seus administradores, pela mesma conduta, sem que haja disposição normativa impondo responsabilidade individual a ambos)³.

03. Nesta última hipótese, parece-me claro, não se pode confundir a pessoa jurídica com o seu representante legal. Representante legal, ou "presentante", como diz Pontes de Miranda, é quem torna presente o ato da pessoa ficta (pessoa jurídica). Tornando-a presente, o ato do administrador é a ela atribuído e não mais a ele. A pessoa jurídica passa, então, a responder pelos atos do seu "presentante".

04. Somente em alguns casos especiais previstos na legislação é que se considera que o ato do "presentante" é próprio e não da pessoa jurídica. Comumente, atribui-se o ato ao "presentante" e não à pessoa jurídica, quando se trata de infração penal ou quando o ato é produzido para fraudar a pessoa jurídica. Nesses casos, usualmente, a legislação não impõe responsabilidade à pessoa jurídica, mas apenas à pessoa física que praticou o ato (seu "presentante").

05. Existem também normas que conferem, de forma expressa, responsabilidade solidária aos administradores, mesmo quando eles tenham praticado, como "presentantes", atos que levaram ao descumprimento da legislação pela pessoa jurídica (desde que o ato tenha sido produzido com excesso de poder ou em infração da lei)⁴. Esse é o caso do art. 135, III do Código Tributário Nacional.

06. Já a legislação das sociedades anônimas adota caminho contrário ao do Código Tributário Nacional, pois, prevê, em seu art. 159, §6º, que se pode até mesmo excluir a responsabilidade do administrador decorrente de ilícito praticado por ele, desde que tenha agido de boa-fé e visando o interesse da companhia (ou seja, mesmo quando produzido com excesso de poder ou em infração da lei). Nesse caso, imputa-se à pessoa jurídica a responsabilidade pelo ato praticado pelo seu "presentante". No mesmo sentido, conforme caminho adotado pela Lei 6.404/76, pode-se entender que existe a possibilidade de não se atribuir a responsabilidade pelo ato à pessoa jurídica, quando este ato tiver sido praticado em nome e no interesse próprio do "presentante", que agiu em descumprimento às regras internas. Nesse caso, não é legítimo imputar-se à pessoa jurídica a responsabilidade pelo ato produzido pelo seu "presentante".

07. Ausente um regramento especial, vige a disciplina usual das sociedades, na qual a responsabilidade ou se atribui à sociedade ou ao representante legal. Nesse sentido, pode-se dizer que a "culpabilidade" é da pessoa jurídica ou do seu representante legal. Nunca de ambos, pois ou o representante legal "dá voz", "apresenta" a pessoa jurídica (e, portanto, é a sociedade que expressa sua vontade ou que poderia prever a violação legal em decorrência dos efeitos de sua ação) ou o representante legal, sem ter capacidade para representá-la em um tal ato, é quem age com dolo ou com culpa.

08. Até por isso, não se pode falar em concurso de pessoas entre a pessoa jurídica e seu representante legal, pois a ilicitude é cometida por uma só pessoa, em decorrência de um só ato. Não se pode dizer que a pessoa jurídica e o seu representante cooperam para praticar ilícito, pois o representante legal, ao tornar presente a pessoa jurídica, "desaparece" e "perde vontade própria". A pessoa jurídica age, então, isoladamente. Do contrário, a pessoa jurídica não se faz presente, e o representante legal é o autor isolado.

09. Sendo assim, parece-me claro que não há como se imputar um dado ato, simultaneamente, à pessoa jurídica e à pessoa física que a torna presente, a não ser quando essa possibilidade está prevista na legislação.

10. Feita essa observação, noto que a legislação da CVM aplicável às atividades reguladas sujeitas a registro comumente atribui responsabilidade própria à pessoa jurídica e a um dos seus administradores (o chamado "diretor-responsável"). Em caso de violação da legislação, é possível que a punição seja aplicada a ambos. Para a pessoa jurídica, aplica-se a pena pelo descumprimento da regra. Já o diretor-responsável pode ser apenado mesmo sem ter produzido qualquer ato violador (seja em nome próprio, seja como administrador da sociedade), desde que não tenha posto em prática os controles e rotinas necessários à prevenção do ilícito (ou seja, o "diretor-responsável" assume deveres de zelar pelo cumprimento das regras e de estabelecer controles e rotinas para que as regras sejam cumpridas)⁵. A sua responsabilidade, portanto, independe de sua participação no ato ilícito. Pode, dessa forma, haver situações em que o diretor-responsável será absolvido e a pessoa jurídica apenada (basta que ele tenha cumprido seu dever e ela não). Em outras palavras, apena-se a conduta própria da pessoa jurídica ou da pessoa física, que, embora seja o "presentante" da pessoa jurídica, também tem responsabilidade própria.

11. Por outro lado, caso a violação da norma decorra da atuação isolada do diretor-responsável, burlando controle e rotinas estabelecidas pela própria sociedade, ou por meio de atos que não estejam dentro de sua esfera de competência, é possível que ele seja apenado e a pessoa jurídica absolvida.

12. A situação relativa ao exercício de atividades sujeitas a registro é bem distinta da responsabilidade usual dos administradores de companhia aberta perante a CVM. Neste caso, a função da CVM é justamente fiscalizar os atos dos administradores e não da companhia aberta. Assim, verifica-se se eles cumprem com os deveres previstos nos art. 153 a 156 da Lei 6.404/76 (bem como se cumprem com as outras regras legais). Assim, no caso de companhias abertas, usualmente, a responsabilidade é atribuída ao administrador e não à companhia (ainda aqui, a norma pode exigir, mesmo que excepcionalmente, a responsabilidade da pessoa jurídica e não da pessoa física).

13. No caso do "presentante" de pessoa jurídica, que não seja companhia aberta ou não seja registrada para exercer alguma atividade no mercado de valores mobiliários, temos duas situações possíveis: ou bem o ato do administrador é atribuível à sociedade, tornando-a presente, ou bem ele é atribuível ao próprio administrador, caso o ato específico não deva ser considerado capaz de tornar a pessoa jurídica presente.

14. Em resumo, acredito que temos três regimes distintos de responsabilidade administrativa perante a CVM, no que se refere à interação entre pessoa jurídica e seu representante legal:

(i) *Atividade Sujeita a Registro*: a responsabilidade é da pessoa jurídica registrada e, caso haja previsão normativa, poderá ser também atribuída a um ou mais administradores;

(ii) *Companhia Aberta*: a responsabilidade é do administrador, a não ser em casos excepcionais (a excepcionalidade depende do dispositivo normativo infringido);

(iii) *Sociedade que Pratica Ato no Mercado de Valores Mobiliários ou Relacionado à Companhia Aberta*: nesse caso, a responsabilidade é da pessoa jurídica, exceto se o ato não deva ser a ela imputado, mas ao seu representante (não há, nesse caso, possibilidade de punição de ambos).

15. Por óbvio, uma sociedade pode, simultaneamente, preencher todas as hipóteses acima, desde que seja, por exemplo, um participante do sistema de distribuição e companhia aberta que controle uma outra companhia aberta. Em tal caso, o regime de responsabilidade aplicado depende da natureza do ato violador. Se a violação é de regras da atividade regulada, aplica-se o regime desse tipo de responsabilidade (hipótese "i"). Se a violação é na qualidade de acionista controladora aplica-se o regime das pessoas jurídicas normais (nesse caso, dado que a regra fala em controle direto ou indireto, deve-se definir qual será o acionista controlador punido, se a pessoa jurídica ou o controlador pessoa física final) (hipótese "iii"). Pode, ainda, a violação se dar em razão de regras aplicáveis às companhias abertas, quando então, o regime próprio de responsabilidades será aplicado (hipótese "ii").

16. A hipótese "iii", embora de fácil descrição abstrata, não tem uma aplicação prática tão simples: Qual o critério para que se atribua um ato que não está de acordo com a legislação do mercado de valores mobiliários à pessoa jurídica não registrada ou ao seu administrador? Aqui, acho que o critério jurídico a nortear a decisão da CVM é o do §6º do art. 159 da Lei 6.404/76, aplicando-o não só às sociedades anônimas, como expressamente previsto, mas a todas as sociedades, pois essa parece ser a solução que melhor atende à função da CVM. Assim, é preciso ver a quem aproveita o ato. Se o interesse for primordialmente da pessoa física, ao administrador, se primordialmente à pessoa jurídica, a ela própria. Assim, na hipótese dos autos – distribuição pública irregular – se os recursos da distribuição forem recebidos para uso pela pessoa jurídica, a infração deve ser imputada a ela. Se, no entanto, for uma oferta cujos recursos são recebidos pelos acionistas (presumindo-se, nesse caso, que também são administradores), a infração deve ser imputada a eles. É possível, também, que a infração seja imputada a ambos, caso seja uma distribuição em que parte dos recursos vai para as pessoas físicas e parte para a pessoa jurídica (aí a punição deve ser proporcional à quantidade de ações colocadas).

17. Partindo para a análise do caso concreto, noto, primeiramente, que os atos praticados pelas pessoas físicas indiciadas estão descritos e demonstram que eles praticaram os atos que levaram ao descumprimento das regras pela pessoa jurídica. Em caso de condenação das pessoas físicas não se poderia, portanto, falar em responsabilidade objetiva.

18. No que se refere à imputação da responsabilidade entre a pessoa jurídica e seus administradores, noto que os recursos eram captados para serem utilizados pela pessoa jurídica. Ou seja, aproveitavam a ela e não a seus administradores. Dessa forma, conforme explicado acima e em razão do que dispõe o §6º do art. 159 da Lei 6.404/76, a responsabilização deve ser da MTEL e não das pessoas físicas.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2007.

Pedro Oliva Marcilio de Sousa

1 Ver, além dos processos já citados entre outros:

(i) IA 09/03, julgado em 25.01.06: "Na análise de uma das preliminares, o diretor-relator justificou a inclusão de certas pessoas físicas acionistas controladoras finais, porque, durante parte do prazo em que ocorreram as infrações, eles já eram acionistas controladores. Concorro com essa análise, entretanto, acho importante deixar claro que nem o voto do diretor-relator nem o meu podem ser interpretados como um reconhecimento, por parte do Colegiado da CVM, de que podem ser feitas imputações a toda a cadeia de controladores sem que se individualizem condutas e motivações das pessoas imputadas";

(ii) PAS 09/04, julgado em 20.06.06: "A coerência e plausibilidade da teoria da acusação, no entanto, não são suficientes para sancionar a conduta de qualquer pessoa em um Estado de Direito. Faz-se necessário comprovar a teoria, não pela simples demonstração do resultado das operações ou pela demonstração de que a performance dos indiciados diminuiu substancialmente após a saída do indiciado Bernardo Clemente da sociedade para qual trabalhava, como fez a acusação, mas a partir de provas admitidas em direito";

(iii) PAS 2003/0489, julgado em 04.05.06: "Ademais, quanto à responsabilidade das pessoas físicas vinculadas à RMC, os Srs. Henrique Molinari (diretor responsável pelas operações de bolsa), Wagner Imperatore (assessor responsável na RMC pelos clientes de Bauru) e Rubens dos Reis Andrade (controller), o SMI não conseguiu comprovar a participação de cada um desses indiciados nas operações a cargo do Sr. Leandro de Souza, pois apenas discriminou as funções por eles desempenhadas na corretora"; e

(iv) PAS 24/00, julgado em 18.08.05: "28. A seguir, cumpre analisar a alegação de ilegitimidade passiva de Gilberto Rodrigues Gonçalves, Eduardo Casseb, Samir Assad e Homero Rafanelli de Alcântara Silveira, por ausência de delimitação de responsabilidade destes, os quais teriam sido incluídos no pólo passivo pelo simples fato de serem representantes legais das empresas envolvidas. Alegam, também, ausência de delimitação do ato ilícito que lhes está sendo imputado, bem como inexistência dos dispositivos legais ou regulamentares infringidos. 29. Com efeito, a Comissão de Inquérito teve o cuidado de delimitar e individualizar as condutas, verificando quem, de fato, tinha poderes de gestão, de decisão, de administração da pessoa jurídica quando a infração foi praticada e, excluindo aqueles que não tiveram participação direta na tomada de decisões".

2 Entretanto, não se pode confundir "responsabilidade objetiva" com "omissão frente a dever jurídico", assim é que se o agente tem o dever jurídico de praticar um determinado ato e não o pratica, a sua responsabilidade é agir. Nesse caso, cabe a ele, e não ao acusador, comprovar que agiu ou que deixou de agir por algum motivo jurídico relevante que exclua ilicitude do ato. Essa situação é muito comum na CVM para os responsáveis por determinada atividade regulada dentro de uma pessoa jurídica registrada e já foi apreciada em diversos precedentes. Entre eles o IA 39/98, julgado em 21.11.01.

3 Eu mesmo já votei favoravelmente à responsabilização de pessoas físicas e jurídicas, por prática de atos no mercado de valores mobiliários, em sentido contrário ao deste voto (PAS 2005/1160, julgado em 12.12.06), mas aquele não me parece o melhor entendimento. Apenas com a discussão neste processo, consegui separar adequadamente as diversas hipóteses de responsabilização do representante de pessoa jurídica.

4 A responsabilidade solidária também é excepcional, dependendo de lei ou de convenção entre as partes (ver art. 265 do Código Civil). Mesmo assim, seja na responsabilidade solidária, seja na responsabilidade subsidiária do administrador, quando previsto em lei ou em convenção entre as partes, o ato é da pessoa jurídica, apenas a responsabilidade sobre ele é atribuída a ambos.

5 Cf. por exemplo, PAS2005/0296, julgado em 05.12.06..

Voto proferido pelo diretor Eli Loria na Sessão de Julgamento do dia 16 de maio de 2007.

O presente processo administrativo sancionador tem por objeto a apuração de oferta pública de valor mobiliário sem os devidos registros nesta Comissão com violação ao disposto no art. 19, caput, da Lei nº 6.385/76; artigo 1º da Instrução CVM nº 270/98; e artigo 3º, caput, da Instrução CVM nº 296/98, pela MTel Tecnologia Ltda. e seus administradores, Rubens do Amaral Júnior e Valdir Bignardi.

Tendo em vista o douto voto do ilustre Relator, concordo com a sanção imposta à Mtel Tecnologia Ltda. quando da cominação de pena a esta como pessoa jurídica praticante do ato infracional, inclusive quanto às atenuantes consideradas.

No entanto, não posso concordar com a não punição das pessoas físicas, pois em contraposição ao que foi dito, determinada cominação legal não contraria os precedentes citados, vez que nos casos anteriores os indiciados não foram apenados pela falta de conduta própria, e, no caso em questão, é possível identificá-la quando da disponibilização de informações pela Internet, referentes à oferta pública de ações sem o devido registro na CVM.

Nesse sentido, no Processo Administrativo Sancionador nº 29/03 julgado em 16/01/2007:

"Com relação às duas imputações remanescentes, no que se refere às pessoas físicas imputadas, não lhes é apontada qualquer conduta própria, nem lhes é atribuída qualquer responsabilidade por atividade exercida no mercado de valores mobiliários pela pessoa jurídica (ou seja, não são responsáveis, em sede administrativa por atividade regulada pela CVM). A responsabilidade deles derivaria, pura e simplesmente, do fato de serem representantes da pessoa jurídica."

No PAS nº 02/02 julgado em 17/01/2007:

"(...) No caso concreto, no entanto, a Finambrás atuava como investidora e não exercendo uma atividade regulada. Dessa forma, a responsabilidade do indiciada seria a mesma de um diretor de uma pessoa jurídica em situação semelhante. Por esse motivo, para que a acusação pudesse prosperar deveria a acusação ter imputado ao indiciado alguma conduta própria."

No PAS nº RJ2005/5038 julgado em 03/10/2006:

"(...) Poderia a CVM aplicar, por analogia, as regras impostas ao diretor-responsável, que tem o dever de assegurar o cumprimento da legislação (ou de criar procedimentos para assegurar o cumprimento da legislação)? Parece-me que não, pois nesse caso a omissão não é juridicamente relevante (seguindo a regra do art. 13, §2º do Código Penal) e, portanto, a imputação de responsabilidade ao diretor segue as regras da responsabilização subjetiva clássica."

No caso ora em julgamento, a responsabilidade das pessoas físicas não deriva, pura e simplesmente, do fato de serem representantes da pessoa jurídica, mas sim de conduta própria.

Concluo que há sim a possibilidade de se apenar as pessoas físicas envolvidas, sem que haja ferimento dos precedentes julgados nesse Colegiado, posto a consideração de que os acusados foram partícipes nas condutas apenadas, tendo reconhecido terem sido responsáveis pela oferta irregular, e, por essa razão, também devem ser sancionados.

Diante do exposto, VOTO no sentido de acompanhar o VOTO do Relator no que se refere à punição da pessoa jurídica e, já considerando as atenuantes apontadas pelo Relator, de apenar os Srs. Rubens do Amaral Júnior e Valdir Bignardi com multa pecuniária individual no valor de R\$ 50.000,00, nos termos do artigo 11, § 1º, inciso I, da Lei nº 6.385/76.

É como VOTO.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2007.

Eli Loria

Diretor

ANEXO F - Decisões da CVM e do CRSFN com a tese da impossibilidade de simultânea responsabilização da pessoa jurídica e da pessoa física pela mesma infração administrativa.

CVM	CRSFN
PAS 2003/0489 (j. em 04.05.06 – ver itens 37-45 do voto do Diretor Relator)	Recurso CRSFN 10.984 (j. na 330ª Sessão) - CRSFN manteve a absolvição por outro fundamento (ausência de provas)
PAS CVM 2005/5038 (j. em 03/10/06 – ver itens 26-27 do voto do Diretor Relator)	Recurso CRSFN 11.327 (j. na 336ª Sessão) – Recurso de ofício improvido nesse ponto – concordância com os fundamentos da CVM
IA CVM 29/03 (j. em 16/01/07 - ver itens 112-113 do voto do Diretor Relator)	Recurso CRSFN 11.830 (j. na 341ª Sessão) – Recurso de ofício improvido - CRSFN manteve a absolvição por outro fundamento (ausência de provas)
IA CVM 02/02 (j. em 17/01/07- ver item 128 do voto do Diretor Relator)	Recurso CRSFN 11.612 (j. na 328ª Sessão) – Recurso de ofício improvido nesse ponto – concordância com os fundamentos da CVM
PAS CVM RJ 2006/3364 (j. em 16/05/07 - ver itens 112-113 do voto do Diretor Relator)	Recurso CRSFN 11.644 (j. na 363ª Sessão) - Recurso de ofício improvido nesse ponto – concordância com os fundamentos da CVM
— PAS CVM RJ 28/05 (j. em 03/07/07 – vide itens 91-92 e 98 e nota de rodapé 11 do voto do Diretor Relator)	Recurso CRSFN 11.627 (pedido de diligência – pendente de julgamento no CRSFN)

PARECER

PGFN/CAF/Nº 815/2006

Solução de controvérsia jurídica no âmbito da representação da PGFN perante o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN. Penalidade relativa a ilícito administrativo praticado por pessoa jurídica antes da transferência de seu controle acionário. Ato que não constitui causa juridicamente válida de exclusão da ilicitude do fato nem de extinção da punibilidade da pessoa jurídica. Imperioso o apenamento desta.

Por meio de correspondência eletrônica datada de 21 de março de 2006, o Dr. Rodrigo Pirajá Wienskoski, um dos representantes desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional perante o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN, do Ministério da Fazenda, formula a seguinte consulta a esta Coordenação-Geral de Assuntos Financeiros:

“ Em 22 de fevereiro de 2006, durante a 259ª Sessão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN, encontrava-se pautado para decisão o Processo Administrativo nº 0101084395, remetido ao Conselho por força de recurso voluntário interposto por _____ e recurso de ofício – reexame necessário – do arquivamento perpetrado pelo BANCO CENTRAL DO BRASIL em relação ao _____.

Nos autos do indigitado PA consta Parecer procuratorial da lavra do Dr. Glênio Sabbad Guedes, com manifestação pelo improvimento do recurso de ofício. Apontou o representante da PGFN a presença dos elementos ‘cofatorialidade’ justificadores do seu entendimento: ‘processo instaurado depois da transferência, induzimento à operação, e ausência de dolo ou má-fé’.

O posicionamento adotado pelo Ilmo. PFN encontra respaldo em farta jurisprudência do CRSFN, que desde há muito decreta a extinção da punibilidade nas hipóteses de ‘transferência qualificada’ do controle acionário. Segundo o entendimento até agora vigente no CRSFN, com a aquiescência dos PFNS que me antecederam – Dr. Glênio e Dr. Ricardo Villas Bôas Cueva (v.g. PA 0001017672 – Recurso 4248) – a transferência do controle acionário da instituição financeira punida, acaso operada sob circunstâncias específicas,

importaria na extinção da punibilidade em relação à pessoa jurídica adquirida, de forma a não onerar o novel acionista controlador.

As circunstâncias causadoras da extinção da punibilidade, nominadas de ‘cofatorialidade’ pelo CRSFN a ensejar a aplicação da tese da ‘transferência qualificada’, reclamam cumulativamente: início do PA após a transferência do controle acionário; interesse direto do BACEN na transferência do controle, como protagonista da operação, com escopo de saneamento do Sistema Financeiro Nacional e manutenção de sua higidez; e inexistência de má-fé como eximente da obrigação.

Sustenta-se a razoabilidade do propugnado diante do interesse público na transação, do prejuízo a futuras transferências, da insegurança do futuro controlador e ainda da perda do caráter pedagógico da pena quando aplicada em PA instaurado após a mudança do controle acionário.

O entendimento firmado, não se duvida, é deveras instigante, na medida em que proporciona a órgãos administrativos julgadores fazer política pública sancionadora atendidos determinados requisitos construídos jurisprudencialmente.

Nada obstante, o CRSFN e o BACEN consubstanciam figuras de natureza jurídica puramente administrativa, vinculadas ao princípio da legalidade estrita, cujo arquétipo legal não contempla função política. Ao revés, limitam-se a seguir fielmente a disciplina legal previamente definida, sem qualquer caráter criativo, inventivo ou inovador no ordenamento jurídico pátrio.

É justamente sob a ótica da legalidade administrativa que suscito dissenso em relação ao entendimento em vigor e solicito a manifestação do Órgão Central da PGFN, posto não vislumbrar base legal à exclusão da punibilidade proposta até então pela Procuradoria.

Com efeito, o julgador administrativo não está autorizado a dispensar, ao seu livre entender, qualquer penalidade sem expressa e analítica previsão legal. Em sede de Direito Administrativo Sancionador não há discricionariedade derogatória do princípio da legalidade. O verdadeiro Estado Constitucional Democrático de Direito exige que todo ato tido como contrário ao ordenamento jurídico penalmente relevante seja punido nos estreitos limites da lei de regência.

Nosso sistema processual obedece ao princípio da legalidade ou obrigatoriedade da ação punitiva, inspirado no aforisma *nec delicta maneant impunita* (os delitos não podem ficar impunes). A propositura e execução de medidas penais é para o Estado uma imposição legal. É o exercício do poder-dever, conferido a determinados órgãos, de exigir e fazer cumprir as leis do País.

Em obediência ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, cumpre ao BACEN punir todos aqueles que tenham participação no ilícito administrativo e ao CRSFN rever a legalidade da atuação autárquica. Inexistindo causa legal de exculpação ou eximção da ilicitude, ante os limites de atuação das instâncias administrativas, vislumbra-se verdadeira impossibilidade jurídica de

conduta diversa, em cumprimento do poder/dever da Administração Pública perante a lei de regência.

Desta feita, devendo a Administração atuar nos estritos limites da legislação, descabe ventilar causa excludente da culpabilidade sem sustentação legal específica. A mitigação do princípio da legalidade ou obrigatoriedade, para preservação de determinada política regulatória, impõe previsão legislativa para a orientação de tal política, não devendo essa discricionariedade ser transferida ao subjetivismo de cada julgador ou órgão administrativo.

A respeito da atuação vinculada dos órgãos administrativos em determinadas matérias submetidas ao crivo da reserva legal, parece juridicamente inviável a possibilidade de outorga legislativa de certa parcela de discricionariedade, mesmo que residual, na imposição das sanções administrativas. O princípio da legalidade das penas não induz qualquer traço de discricionariedade na definição da infração, na fixação da sanção ou mesmo da aplicação da penalidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles, ‘discricionariedade não se confunde com poder arbitrário, sendo liberdade de ação dentro dos limites permitidos em lei’. Odete Medauar esclarece, no tocante ao poder disciplinar, soar estranho atualmente associá-lo à discricionariedade, seja em virtude dos parâmetros que o norteiam, seja mesmo em função dos moldes processuais sob o qual deve desenvolver-se, justamente a fim de impedir arbítrios e subjetivismos (2000, p. 139). Assim, ‘o procedimento administrativo punitivo, no Estado Democrático de Direito, perfilhado como modelo pelo nosso Constituinte (art. 1º da CF), ostenta feição vinculada’ (JÚNIOR, 2000, p. 151).

Releva observar que a atuação vinculada da Administração Pública em matéria punitiva, refletida no princípio da legalidade ou obrigatoriedade da ação penal, não consubstancia mero formalismo passível de crítica, mas sim instrumento de previsibilidade, segurança e certeza jurídica, a imprimir isonomia, impessoalidade e coibir protecionismos ou perseguições na atuação pública.

Não vislumbro espaço, ademais, para admissão da transferência qualificada como hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade. A previsão legal e regulamentação das excludentes, em nosso sistema jurídico, deixa uma margem muito restrita para a ocorrência de excludentes supraleais, e só são admitidas quando intrínsecas ao tipo. A transferência qualificada constitui elemento extrínseco ao tipo, razão pela qual não pode ser qualificada como causa supralegal de exculpação. A aceitação da transferência qualificada como causa supralegal de exculpação, a despeito de não integrar nenhum elemento interno do ilícito, implicaria, tanto subjetiva como objetivamente, uma debilitação da eficácia de prevenção geral que corresponde ao Direito Administrativo Sancionador e conduziria a uma desigualdade na aplicação do Direito.

Por derradeiro, não se sustentam eventuais alegações de transcendência da pena e perda do caráter pedagógico. Tais temas foram muito bem enfrentados pelo Dr. Paulo Sérgio Augusto da Fonseca, ex-PFN com atuação no CRSF, nos autos do PA 9500502108 – Recurso 2692, a seguir transcrito:

‘Preliminarmente, ainda que de forma ociosa, deve ser ressaltado o fato de que não se confundem a empresa, pessoa jurídica, com as pessoas físicas de seus sócios quotistas ou acionistas, conforme muito bem observa o professor Waldírio Bulgarelli em seu ‘Manual das Sociedades Anônimas’, ‘verbis’:

‘Com o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio, a sociedade anônima adquire personalidade jurídica, vale dizer, ampla autonomia patrimonial e capacidade de adquirir, por si, direitos e obrigações. Torna-se, portanto, um ente autônomo em relação aos membros que a compõem. Neste caso, conjuga-se a lei societária com o disposto no Código Civil Brasileiro, que consagrou expressamente a personalidade jurídica das sociedades comerciais (art. 16, II), a partir da inscrição dos seus atos constitutivos no registro próprio (art. 18)’ (ed. Atlas, 10ª ed., pg. 71).

Nessa mesma toada, Rubens Requião ensina:

‘Formada a sociedade comercial pelo concurso de vontades individuais, que lhe propiciam os bens ou serviços, a consequência mais importante é o desabrochar de sua personalidade jurídica. A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade. Seu patrimônio, no terreno obrigacional, assegura sua responsabilidade direta em relação a terceiros. Os bens sociais, como objetos de sua propriedade, constituem a garantia dos credores, como ocorre com os de qualquer pessoa natural’ (‘in’ Curso de Direito Comercial, Ed. Saraiva, 22ª ed., vol. 1, pg. 272).

Dessa forma, a simples transferência de seu controle acionário, decorrente de negócio entre particulares, que tanto poderia ser efetivado através da aquisição de suas ações por pessoa jurídica, como no presente caso, como através de aquisição por pessoa física, em nada altera o ‘status’ jurídico do Banco de Crédito Real, sujeito de direitos e de obrigações perante terceiros, independente de quem sejam seus acionistas ou controladores.

Não desconhece esta Procuradoria, no entanto, o fato de que o dogma da total separação entre a pessoa jurídica e seus sócios sofre hoje intenso questionamento por parte de alguns doutrinadores do Direito Comercial, cabendo indagar se, ainda sob esse aspecto, tal circunstância haveria de irradiar efeitos sobre a pena aplicada administrativamente.

No enfrentamento dessa questão, portanto, será sob a ótica do Direito Administrativo que irá esta Procuradoria se posicionar, não olvidando, nessa apreciação, da jurisprudência que tem sido erigida neste Conselho ao longo do tempo.

Deve-se estabelecer, a priori, um distingo em relação às transferências de controle acionário e aquelas situações nas quais uma instituição é absorvida por outra, como nos casos de incorporação em que ocorre a extinção da pessoa jurídica incorporada.

*Extinguindo-se a pessoa jurídica com a incorporação desta por outra empresa, extinta estaria a punibilidade, haja vista a impossibilidade de, no campo administrativo, apenar-se pessoa outra que não a infratora, tendo inteira aplicação, na hipótese, a regra do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que **‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado’**.*

*Por outro lado, pelos motivos já mencionados, na transferência do controle acionário, **como de resto na alienação de qualquer montante de ações da companhia**, não há impedimento de aplicação de pena, posto que a norma (art. 44 da lei 4595/64) elegeu a pessoa jurídica como sujeito passivo da punição à legislação administrativa.*

Régis de Oliveira, em capítulo destinado ao estudo do sujeito passivo da sanção administrativa, assim escreveu:

‘Anotou García de Enterria que ‘uma particularidade deste requisito no Direito Administrativo sancionatório é a reprochabilidade das condutas injustas não só a pessoas físicas, mas também a pessoas jurídicas’. No mesmo sentido afirma Túlio Chiossone ao precisar que, ‘no raio do Direito Administrativo, as pessoas morais e jurídicas (entes coletivos) respondem pelas infrações legais porque se consideram com vontade suficiente para realizar a infração objetiva’ (‘in’ Infrações e Sanções Administrativas, ed. RT, 1985, pg. 59).

Observe-se que, ainda que a norma preveja também como sujeito passivo de apenamento pessoas físicas, não são estas as pessoas de seus sócios acionistas, minoritários ou controladores, mas sim seus administradores e membros do conselho de administração e do conselho fiscal que, através de seus atos ou omissões, podem também colocar a pessoa jurídica na condição de infratora, além deles próprios.

Ou seja, novos ou antigos os controladores e demais sócios da empresa, de nenhuma forma são atingidos pelas sanções administrativas impostas com base no poder de polícia exercido por órgãos da Administração a ensejar eventual extinção de punibilidade no caso de alteração na composição societária.

Em outras palavras, não são essas pessoas consideradas infratoras, não podendo por esse motivo ter seus bens penhorados para fins de liquidação de eventual obrigação pecuniária por ilícito administrativo de responsabilidade da pessoa jurídica.

Evidentemente que o patrimônio da empresa poderá ser afetado com a imposição de pena pecuniária, mormente se expressiva, afetando conseqüentemente a esfera econômica de seus sócios.

Porém, tal circunstância, se passível de produzir reflexos em relação ao preço de eventual transferência do controle acionário (esfera civil), em nada afeta a penalidade imposta àquele que a lei elegeu como sujeito passivo da sanção.

Nessa toada, é importante que se ressalte que a lei 6385/76, em seu artigo 9º, inciso V, de modo expreso contempla a figura do acionista como sujeito passivo da sanção administrativa, sem prejuízo das demais sanções civis ou penais, na dicção do inciso IV desse dispositivo.

Tentar justificar a impossibilidade de apenamento sob o argumento da injustiça a que seriam submetidos os novos controladores por assumirem um gravame econômico por infração da qual não tiveram nenhuma ligação, e que em última instância seria por eles suportado, é também esquecer que não somente a pena pecuniária pode ser aplicada à instituição, mas também a de advertência.

Nesse caso (o de imposição de mera advertência), qual seria a justificativa para a isenção da penalidade por força da transferência do controle acionário? Salvo melhor juízo, não se vislumbra nenhuma.

Portanto, a interpretação coerente da norma deve levar em conta todas as hipóteses possíveis para não se incorrer em uma interpretação casuística e fora dos objetivos do direito administrativo punitivo.

Apreender a finalidade da pena na esfera administrativa é, destarte, ponto-chave para se desvendar o problema ora sob apreciação.

Parece-nos claro que o fim primordial colimado pela sanção administrativa imposta às pessoas jurídicas por infração a dispositivos que disciplinam o mercado financeiro e de capitais, seja ela pecuniária, seja de advertência, é de caráter eminentemente educativo sinalizador às entidades participantes desse mercado que o poder de polícia repressivo será exercido pela Administração sempre que forem praticados atos contrários aos interesses do Estado delineados pelas normas administrativas.

Tal formulação, antes de se apresentar como novidade já foi exposta por Régis de Oliveira quando esse eminente doutrinador disse: ‘As penas de polícia têm de caráter de infligência de castigo para que o exemplo do infrator não seja seguido (meramente punitivas)’ (op. cit., fls. 69).

Assim, a possibilidade de extinção da pena pelo fato da transferência do controle acionário é circunstância que viria tão-somente esvaziar essa finalidade e, eventualmente, incentivar a simulação fraudulenta.”

Por todo o exposto, diante da relevância e da divergência de entendimento no âmbito da representação da PGFN no CRSFN, serve o presente para solicitar a manifestação do Órgão Central sobre o entendimento jurídico prevalente sobre a matéria.”

2. Recebida a consulta, foi dada ciência de sua formulação ao também representante deste órgão naquele Conselho, Dr. Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza, o que se fez por meio de correio eletrônico enviado no mesmo dia 21 de março.
3. Dito isto, passemos à análise.
4. De logo, já podemos anunciar que pensamos estar com toda a razão o Dr. Rodrigo Pirajá Wienskowski.
5. Os próprios (e sólidos) termos em que formulada a consulta já contemplam, praticamente à exaustão, fundamentação bastante a afastar a juridicidade da atual jurisprudência do CRSFN na matéria nela versada. Não temos, assim, a menor dúvida em ratificar o ponto de vista do ilustre Procurador, sem ressalvas.
6. A rigor, considerações adicionais seriam despiciendas. Enfatizemos, pois, apenas alguns aspectos.
7. Como já visto, trata-se da prática (em tese) de ilícito administrativo por pessoa jurídica que, posteriormente, vem a ter o seu controle acionário transferido para terceiro. Não estão em palco, porém, as penalidades aplicáveis aos administradores da época em que ocorrido o ilícito – vale dizer: às pessoas físicas responsáveis diretas pela sua prática –, mas tão-somente aquelas aplicáveis à pessoa jurídica como tal. Anote-se que o caso não é de extinção superveniente da pessoa jurídica, como ocorreria, por exemplo, por força de uma incorporação. A situação descrita na consulta, na verdade, é a de simples transferência de controle acionário de pessoa jurídica, sem qualquer alteração na continuidade de sua existência.
8. Tem decidido o CRSFN que dita transferência de controle acionário, quando praticada posteriormente ao ato infracional, constitui causa de exclusão da sua ilicitude, em relação à pessoa jurídica, ou mesmo causa de extinção da punibilidade da pessoa jurídica, desde que: (i) o processo administrativo onde apurada a prática se haja iniciado em data posterior à da transferência do controle acionário; (ii) tenha havido interesse direto do BACEN na concretização dessa transferência, com escopo de saneamento do Sistema Financeiro Nacional e manutenção de sua higidez; e (iii) não tenha havido houve dolo ou má-fé da empresa ao operar dita transferência.
9. Relata a consulta que o CRSFN tem dado como razões para assim vir decidindo: (i) o interesse público na transação e (ii) o prejuízo a futuras transferências de controle acionário, a insegurança do futuro controlador e a perda do caráter pedagógico da pena, caso a decisão fosse em sentido contrário.

10. Pensamos que nenhuma das circunstâncias apontadas pelo CRSFN pode ser considerada como causa de exclusão da ilicitude do ato ou causa de extinção da punibilidade da pessoa jurídica que o pratica, à míngua de expressa previsão legal nesse sentido, como bem apontado na consulta.

11. Não custa lembrar que em direito penal vige, em toda sua pujança, o princípio da reserva legal. Esse princípio também vigora no âmbito do direito administrativo sancionador, conforme doutrina citada na própria consulta.

12. Ora, o princípio da reserva legal é bifronte: devem estar previamente previstos em lei tanto os atos infracionais como as causas que afastam a sua ilicitude ou conduzem à não aplicação da sanção correspondente àquele que o pratica, não cabendo ao julgador, nessa matéria, qualquer discricionariedade.

13. Sempre foi assente, em direito penal, o entendimento de que as causas de exclusão da antijuridicidade da ação e as causas de extinção da punibilidade do agente são apenas aquelas previstas em lei.

14. Certo, a mais moderna doutrina tem admitido uma exceção – a única possível – a esse princípio, e, isto, apenas em matéria de exclusão da antijuridicidade, qual seja, a das chamadas causas supraleais de exculpação do agente. Mesmo assim, são elas admitidas apenas por parcela da doutrina e somente quando a circunstância ou o elemento de exculpação seja inerente ao tipo infracional, como sobejamente demonstrado na própria consulta.

15. Sendo exceção ao princípio da legalidade, a interpretação jurídica a presidir a aceitação de causas supraleais de exculpação do agente pelo julgador e aplicador da sanção deve ser estrita, conforme regra curial de hermenêutica.

16. Ora, transplantadas essas noções para o direito administrativo sancionador, em que a situação descrita na consulta se insere, não se pode dizer que as circunstâncias apontadas pela jurisprudência do CRSFN (conforme sintetizamos acima) se possam, minimamente que seja, enquadrar como causa supraleal de exculpação da pessoa jurídica que pratica o ilícito administrativo.

17. Demonstrou o consulente, à saciedade, que tais circunstâncias são, em tudo e por tudo, completamente alheias à descrição legal do ilícito administrativo (em direito penal: ao tipo). Veja-se que a superveniência da transferência de controle acionário, em relação ao ato infracional – a demonstrar a completa independência entre aquela e este – é mesmo pressuposto da tese do CRSFN.

18. Ademais, as chamadas causas supraleais de exclusão da ilicitude do fato não têm sido aceitas pelo Supremo Tribunal Federal. É o que revela o acórdão proferido no Habeas Corpus nº 66.192 (Luiz Nogueira Lopes vs. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul), em cuja ementa se lê:

“Habeas corpus. Alegação de nulidades processuais. Teoria das causas supraleais de exclusão do crime ou de culpabilidade.

- Nulidade referente à inversão da ordem processual ao proceder-se a oitiva de testemunha de acusação, por meio de carta precatória, depois de ter sido prolatada a sentença de pronúncia, não é absoluta, e, no caso, ficou sanada.

- Da intempestividade na apresentação do libelo não resulta a nulidade da instrução.
- Improcedência da alegada desconformidade entre o libelo e a sentença de pronúncia.
- Improcedência da alegação relativa ao desaforamento, a qual, ademais, está prejudicada com a realização do julgamento.
- Improcedentes, também, as alegações de deficiência e de erro na elaboração dos quesitos, bem como de contradição em suas respostas.
- Improcedência, também, da alegação de cerceamento de defesa. Em nosso sistema jurídico não é admissível a teoria das causas supraleais de exclusão do crime ou de culpabilidade. Correta, pois, na formulação dos quesitos, a alusão ao estado de necessidade e não à exigibilidade de conduta diversa.
- Hábeas corpus indeferido.” (Destaques do original)

19. Do voto do eminente Ministro MOREIRA ALVES, relator do acórdão, se colhe:

“[...]

5. Por fim, também não procede a alegação de que ocorreu o cerceamento de defesa em face de o Juiz, por entender que não se poderia admitir tese supraleal, haver, na formulação dos quesitos, aludido, como tese central da defesa, ao estado de necessidade, e não à inexigibilidade de conduta diversa.

Como acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, a questão de se admitir, ou não, a teoria das causas supraleais de exclusão de crime ou de culpabilidade é bastante controvertida.

E, a propósito, a tese correta é – a meu ver – a dos que a negam em nosso direito. Afiguram-se-me irrespondíveis estes argumentos expostos por NELSON HUNGRIA (Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo I, 5a. edição, págs. 101/102, Forense, Rio de Janeiro, 1977), e que continuam válidos em face da nova redação da parte geral do Código Penal, que nada alterou a respeito:

‘Notadamente, é de enjeitar-se a teoria das ‘causas supraleais de exclusão de crime ou de culpabilidade’, excogitada pelos autores alemães para suprir deficiências do Código Penal de sua pátria (velho de mais de meio século), não se justificando perante Códigos mais recentes, que procuram ir ao encontro de todas as sugestões no sentido de se obviarem os inconvenientes do sistema fechado da lei penal. Estaria esta exposta a sério perigo de subversão, se se atribuisse aos juízes o arbítrio de, com apoio em critérios não afiançados pela lei escrita (como o de que sempre ‘é justo o meio para o justo fim’, de GRAF ZU DOHNA, ou o da extensão da ‘não-exigibilidade’ além dos casos típicos do ‘estado de necessidade’, segundo o pensamento de FREUDENTHAL e MEZGER), criarem causas de excepcional licitude, de impunibilidade ou não-culpabilidade penal.

[...]

Também HELENO CLÁUDIO FRAGOSO – citado no parecer da Procuradoria-Geral da República –, diante da nova parte geral do Código Penal, assevera:

‘A inexigibilidade de outra conduta não funciona como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, pois isto equivaleria ao abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal’ (fls. 262).

[...]

5. Em face do exposto, indefiro o pedido de habeas corpus.” (Destaques do original)

21. Em matéria de direito administrativo sancionador, demais disso, a própria existência de causas de exclusão da antijuridicidade é, como ensina FÁBIO MEDINA OSÓRIO, rara e depende de expressa previsão legal, exigindo interpretação restritiva. Ensina o mestre (Direito Administrativo Sancionador, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 327):

“Cabe enfatizar que são raras as causas de justificação de um comportamento formalmente típico no Direito Administrativo Sancionador. Necessária uma interpretação restritiva nesse terreno, dada a especial prevalência do princípio da legalidade. Uma conduta reconhecida como ilegal e formalmente enquadrada em um tipo proibitivo dificilmente terá uma justificação, porque o Direito Administrativo não admite a maioria das conhecidas figuras do Direito Penal, v.g., legítima defesa ou consentimento do ofendido, notadamente em matéria de ilícitos contra a Administração. Todavia não se pode descartar a possibilidade de que o legislador contemple previsões de causas justificatórias”.

22. Outrossim, em matéria de extinção da punibilidade, não há falar-se em qualquer exceção. Somente as causas expressamente previstas em lei operam-na, não havendo qualquer margem para acréscimos por via de interpretação ou integração jurídica por parte do intérprete.

23. Entender de forma diferente significaria, sem sombra de dúvida, instaurar o arbítrio no direito penal e no direito administrativo sancionador, que mais de perto nos interessa. E as consequências se antevêm na própria consulta: quebra do princípio isonômico, abertura da possibilidade de apadrinhamentos e perseguições, completa inversão do caráter pedagógico da punição administrativa, esta, bem ressaltada no parecer do Dr. Paulo Sérgio Augusto da Fonseca, nela transcrito.

24. Não se olvida a possibilidade de os órgãos administrativos judicantes realizarem, por meio de suas decisões, política jurisdicional, principalmente à vista do já citado caráter pedagógico das penalidades cuja aplicação está a seu cargo. Essa possibilidade, todavia, restringe-se à situação em que exista mais de uma solução igualmente lícita para o caso concreto, cabendo ao julgador optar por aquela que represente melhor observância dos fins da

norma. Não assim quando a solução deixe de encontrar supedâneo legal expresso, como ocorre na situação descrita pelo consulente.

25. Diante do exposto e dos elementos trazidos com a consulta, concluímos no sentido de que a superveniente transferência do controle acionário de empresa que pratica ilícito administrativo, ainda que acompanhada das circunstâncias apontadas na consulta, não é juridicamente apta a constituir causa de exclusão da ilicitude da conduta ou de afastamento da penalidade ao agente, isto é, à pessoa jurídica, cujo apenamento, assim, é imperioso.

É o parecer.

À consideração superior.

COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS FINANCEIROS, em 24 de abril de 2006.
--

FRANCISCO TARGINO DA ROCHA NETO

Coordenador-Geral Substituto

Aprovo. Encaminhe-se cópia aos Srs. Procuradores da Fazenda Nacional representantes da PGFN no CRSFN.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 24 de abril de 2006.

ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO

Procuradora-Geral Adjunta